

Guilherme de Souza Nucci

*Código Penal
Comentado*

9.^a edição revista, atualizada e ampliada

Estudo Integrado com Processo e Execução Penal
Apresentações Esquemáticas da Matéria

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS



Guilherme de Souza Nucci

Código Penal
Comentado

009528

9.^a edição revista, atualizada e ampliada

Estudo Integrado com Processo e Execução Penal
Apresentações Esquemáticas da Matéria

1.^a edição: 2000; 2.^a edição: 2002; 3.^a edição: 2003;
4.^a edição: 1.^a tiragem: outubro de 2003; 2.^a tiragem:
maio de 2004; 5.^a edição: 1.^a tiragem: abril de 2005;
2.^a tiragem: agosto de 2005; 3.^a tiragem: outubro de
2005; 6.^a edição: 1.^a tiragem: março de 2006;
2.^a tiragem: julho de 2006; 3.^a tiragem: novembro de
2006; 7.^a edição: 1.^a tiragem: abril de 2007; 2.^a tira-
gem: maio de 2007; 3.^a tiragem: outubro de 2007;
8.^a edição: 1.^a tiragem: maio de 2008.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO
Diretor responsável

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS A

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paul, SP, Brasil

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

© desta edição
[2009]

Visite nosso site
www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Impresso no Brasil
[01-2009]

Universitário complementar

Atualizado até
[13-01-2009]



ISBN 978-85-203-3415-7

A edição das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 promoveu várias alterações no Código de Processo Penal, com alguns reflexos na legislação penal. Esta, no entanto, ainda não sofreu as modificações necessárias. Por outro lado, a reforma do processo penal, feita de maneira assistemática, com a aprovação de projetos individuais e destacados, sem uma visão global do Código de Processo Penal, evidencia a imperfeição de alterações pontuais e as consequências negativas daí advindas. Há inúmeras contradições, causadoras de reflexos indesejáveis no dia-a-dia dos operadores do Direito, além de provocar perplexidade no estudante.

Serve de alerta, para que tal medida não se estenda ao contexto penal, enaltecendo-se a indispensabilidade de uma revisão integral do Código, atualizando-o e modernizando seus institutos, porém sem criar mecanismos ilógicos e conflitos desnecessários.

A nona edição do Código Penal comentado adaptou-se à reforma do Código de Processo Penal, de modo a permitir a continuidade do estudo integrado entre as disciplinas de Penal e Processo Penal. Aliás, cada vez mais, reputamos ser indispensável a aproximação das leis processuais ao cenário de direito material, pois ambos estão entrelaçados aos direitos e garantias individuais, consistindo em palco único de estudos para o aprimoramento conjunto das ciências criminais.

Renovamos o nosso propósito de inserir, a cada nova edição, textos inéditos, jurisprudência recente e reflexões doutrinárias inovadoras.

Agradecemos a atenção do leitor e sua sempre bem-vinda contribuição crítica, bem como a permanente dedicação das várias equipes da Editora Revista dos Tribunais.

São Paulo, janeiro de 2009.

O AUTOR

As reformas fundamentais na legislação penal ainda não ocorreram, embora alguns tópicos tenham sido alterados ao longo dos últimos anos. Sempre nos pareceu que o Direito Penal, no Brasil, mereceria experimentar um *choque sistêmico*, com o fim de aprimorá-lo, conferindo-lhe lógica e eficiência de maneira ampla e vigorosa. Para tanto, a primeira missão do legislador haveria de ser o oposto que o Parlamento brasileiro tem por hábito empreender, vale dizer, em lugar de criar, freneticamente, novas figuras típicas incriminadoras, é chegado o momento em que a varredura se faz imperiosa. De que adianta a doutrina cultuar, majoritariamente, o princípio da intervenção mínima, uma das bases do Estado Democrático de Direito, se, na prática, é implantado o método de um direito penal de intervenção máxima? O objetivo maior, inclusive para gerar o tão falado combate à impunidade, deveria ser a *limpeza* no amontoado de leis penais, grande parte delas já não aplicadas no cotidiano pelos operadores do direito.

A consagração de um sistema lógico, enxuto, privilegiando, autenticamente, as infrações mais graves, que não prescindem da intervenção penal, seria igualmente a sacralização do interesse estatal em punir, com efetividade, os delinquentes. Em lugar da falácia da pregação de que existe o *império* do Estado contra o crime, organizado ou não, somente porque normas e mais normas penais são criadas, ainda que inaplicáveis, teríamos a eficácia de um ordenamento sem excessos nem redundâncias. As autoridades públicas dedicariam seu tempo aos casos realmente importantes, o que, naturalmente, acarretaria em melhor impressão à sociedade.

Enquanto tal reforma ampla não se efetiva, cabe ao Judiciário a tarefa de expurgar do universo penal as infrações irrelevantes, homenageando a intervenção mínima e os demais princípios penais.

A oitava edição do *Código Penal comentado*, na linha das anteriores, traz vários acréscimos no campo doutrinário e também a jurisprudência recente dos tribunais pátrios, com particular ênfase aos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A modificação legislativa, no campo da prescrição, trazida pela Lei 11.596/2007, foi devidamente introduzida e analisada.

Novos quadros esquemáticos são inseridos, facilitando a compreensão dos temas expostos e atendendo à expectativa do leitor.

Esta obra mantém-se atualizada e integrada com o *Código de Processo Penal comentado* e com o *Leis penais e processuais penais comentadas*, formando um conjunto harmônico de idéias, opiniões e ensinamentos.

As sugestões dos leitores foram avaliadas e, muitas delas, introduzidas nesta edição, seguindo-se a meta de autocrítica e permanente vigilância em relação aos raciocínios construídos, em prol da melhor aplicação das normas penais aos casos concretos.

Renovamos o nosso agradecimento aos colegas de magistratura e aos de magistério pelos sempre constantes conselhos e críticas construtivas. Redobramos a confiança de que o leitor é o melhor avalista do nosso trabalho, sempre disposto a colaborar. Reiteramos o nosso reconhecimento à Editora Revista dos Tribunais pelo permanente incentivo em relação à produção dos nossos trabalhos.

São Paulo, março de 2008.

O AUTOR

Atingimos, após sete anos de existência, a sétima republicação do nosso *Código Penal comentado*, a obra inicial de uma série delas, que veio a seguir, compondo o universo de comentários, críticas e sugestões por nós elaboradas, com o fito de aprimorar o Direito Penal brasileiro. Ingressamos, por certo, ainda, no cenário do Processo Penal, tendo em vista a nossa formação científica nas duas áreas. Sempre buscamos a pauta mais atualizada possível, com leituras e inclusões de artigos e teses inéditas, produzidas por valorosos autores nacionais e estrangeiros, sem deixar, jamais, de esboçar a nossa concordância ou crítica em relação a determinada posição polêmica.

Acostumamo-nos a ouvir o leitor e percebemos que este espelha tanto o jovem aluno universitário, dos primeiros anos do curso de graduação em Direito, como também o experiente Ministro ou Desembargador, autor de inúmeros votos, decidindo a sorte de milhares de réus, ao longo de anos, na seara das Cortes Criminais. Há, sem dúvida, os demais eficientes operadores do Direito, funcionando na acusação, na defesa e na investigação criminal. Outra voz fortalecida ao longo dos anos é a do candidato às carreiras jurídicas, nas quais o ingresso se dá por concurso público, pois se cuida de estudante dedicado e voraz de diversas matérias, sempre pronto a detectar os prós e contras de uma obra, que, normalmente, lê com a mais profunda atenção. Não podemos olvidar os candidatos aos títulos de pós-graduação, que nos brindam com a leitura de obras nossas, avaliando-as, cientificamente, em seus trabalhos (dissertações e teses), muitos dos quais tivemos a satisfação de examinar, em bancas universitárias. A tantas contribuições somam-se os professores, aqueles que, em sala de aula, ouvem as mais diversas indagações de seus alunos e, por vezes, buscam as respostas em livros de doutrina. Não as encontrando, sugerem a inclusão de um ou mais temas e procuram ser ouvidos.

Em suma, a abertura para essa captação de anseios, que indicamos haver, desde a primeira edição, somente serviu para que recebêssemos, ao longo dos anos, as mais valiosas colaborações, dentre elogios e críticas, todas igualmente absorvidas e, com muito desvelo, avaliadas. Muitas delas se transformaram em tópicos novos de abordagem do *Código Penal comentado* – e de outras obras nossas.

Esse é o objetivo: buscar o maior leque de posições e fornecer ao leitor, além da nossa contribuição, a dos demais estudiosos do Direito Penal.

A sétima edição traz jurisprudência atualizada, sempre procurando retratar como os tribunais pátrios vêm decidindo e aplicando o direito penal aos casos concretos. Duas novas leis surgiram recentemente: a Lei 11.464/2007, cuidando de modificações importantes na Lei dos Crimes Hediondos, dentre as quais a fixação do regime inicial fechado para os autores dessas espécies de infrações penais, bem como estabelecendo novos prazos para a progressão de regime; a Lei 11.466/2007, tratando da inserção da posse, uso e fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar pelo preso como falta grave, alterando, para tanto, a Lei de Execução Penal, com nítidos reflexos na progressão de regime, que é matéria de fundo penal; a mesma Lei criou um tipo penal inédito – o art. 319-A – uma modalidade especí-

fica de prevaricação, cuja finalidade é buscar a punição dos funcionários públicos que deixarem de observar os seus deveres, permitindo o acesso de presos aos aparelhos de telefone, de rádio ou similares. Além disso, incluímos as necessárias atualizações e referências advindas das Leis 11.340/2006 (Violência Doméstica) e 11.343/2006 (Lei de Drogas).

Não poderíamos deixar de registrar o quão importante se torna a jurisprudência brasileira, mormente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no importante processo legislativo de criação das normas penais. A partir do momento em que o Pretório Excelso deliberou pela inconstitucionalidade do regime fechado integral para os condenados por delitos hediondos e equiparados, o reflexo foi imediato. Os parlamentares, cientes da nova realidade jurídica, buscaram corrigir um erro do passado, que, em nossa visão, era o impedimento total e absoluto à progressão a qualquer condenado por crime hediondo e assemelhado, padronizando a execução penal, o que ofendia o princípio constitucional da individualização da pena. E o fizeram. Alterando a Lei dos Crimes Hediondos, chega-se a um resultado equilibrado: maiores prazos para a progressão dos sentenciados por tais delitos; menores prazos para os demais condenados. Porém, assegurada está a individualização executória da pena. Triunfa a vontade da Constituição Federal, sem perda para a sociedade. Depende-se, sempre, do implemento real das demais condições legais para que o Direito Penal se faça presente e tenha o contorno almejado pelo Estado Democrático de Direito, a todos nós prometido. O brasileiro necessita tanto de segurança como de respeito às suas liberdades individuais. Esse equilíbrio, no cenário penal, deve ser uma busca constante e eterna.

O nosso renovado agradecimento aos componentes de todos os departamentos da Editora Revista dos Tribunais, com quem, há anos, temos estabelecido um contato quase diário, em função das edições das nossas obras, com a finalidade de transformá-las em leituras fluidas e agradáveis, mas com o indispensável conteúdo científico e prático que o leitor almeja encontrar.

São Paulo, março de 2007.

O AUTOR

Após o advento das Leis 10.763/2003 (regime de penas), 10.792/2003 (progressão de regimes e outros elementos de execução penal), 10.803/2003 (condição análoga à de escravo), 10.886/2004 (violência doméstica), 11.035/2004 (falsidade documental) e 11.106/2005 (crimes contra os costumes), várias alterações foram introduzidas na quinta edição do nosso *Código Penal comentado*.

No último ano, pudemos colher alguns reflexos concretos dessas modificações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, justamente o que buscamos inserir na edição atual. O leitor poderá observar que algumas das reformas não surtiram o efeito desejado, pois foram, como apontamos anteriormente, superficiais e frágeis (ex.: a modificação do art. 129, introduzindo a figura da *violência doméstica*); outras representaram um importante avanço de idéias, modernizando o direito penal (ex.: as alterações e supressões no contexto dos delitos contra os costumes); algumas mudanças provocaram intenso debate nos tribunais, acarretando correntes jurisprudenciais díspares (ex.: a introdução do Regime Disciplinar Diferenciado e as novas regras para a progressão); em suma, fizemos o possível para captar todas essas tendências, expondo-as para a reflexão do estudante e do operador do direito.

Nesta edição, houve um especial cuidado na inserção de novos acórdãos, sempre recentes, dos vários Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, permitindo a ampliação do conhecimento das posições dominantes nas cortes brasileiras.

Além disso, em especial, no dia 23 de fevereiro de 2006, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, no Plenário, considerando inconstitucional a vedação à progressão de regime nos casos de condenações relativas a crimes hediondos. Em consequência, buscamos introduzir os reflexos desse veredicto nos vários aspectos pertinentes à aplicação e à execução da pena, bem como no tocante à possibilidade de concessão de benefícios aos condenados pelos delitos previstos na Lei 8.072/90.

Permanecemos abertos ao diálogo com o leitor, recepcionando todas as sugestões e críticas, refletindo sobre cada uma delas e oferecendo o resultado nas linhas da nova edição.

Prestamos a nossa homenagem aos profissionais da Editora Revista dos Tribunais, pois sabemos que um trabalho como este não se constrói somente com idéias e estudos, mas também com a operacionalização de um objetivo comum, que é o aprimoramento do estudo jurídico no Brasil.

São Paulo, fevereiro de 2006.

O AUTOR

A quinta edição do nosso *Código Penal comentado* surge com inúmeras alterações, confirmando a proposta estampada desde a primeira publicação, trazendo a lume novos e recentes acórdãos, discutindo as mais intrincadas questões, bem como apresentando textos recém lançados de autores nacionais e estrangeiros.

Todos os temas expostos submeteram-se ao nosso posicionamento crítico, em especial as modificações legislativas, introduzindo figuras questionáveis como a lesão corporal qualificada, denominada *violência doméstica*, bem como o aperfeiçoamento da descrição típica do crime de redução à condição análoga à de escravo. Algumas alterações no contexto das penas, como a pretensão de simplificar o processo de progressão de regime, a concessão de livramento condicional e indulto, arranharam o princípio constitucional da individualização da pena, merecendo nossa crítica e avaliação. Por outro lado, criou-se, a partir de modificação da Lei de Execução Penal, outra espécie de regime fechado, denominado de regime *disciplinar diferenciado*, o que também foi objeto da nossa análise minuciosa.

Avaliamos, ainda, agora positivamente, a recente edição da Lei 11.106/2005, que provocou a descriminalização do vetusto crime de adultério e retirou dos tipos penais a preconceituosa terminologia referente à mulher *honesta*. Sob outro aspecto, revimos por completo a nova redação dada ao tipo penal do art. 293.

Revisamos a obra integralmente, inserimos novos exemplos e notas inéditas em quase todos os capítulos. As várias e novas Súmulas do Supremo Tribunal Federal foram colocadas nas notas pertinentes e todas elas, assim como as do Superior Tribunal de Justiça, em matéria penal, destacam-se agora em apêndice próprio.

Elementos de medicina legal, psicologia forense e criminologia foram aperfeiçoados e enriquecidos, bem como vários esquemas inéditos foram introduzidos.

Durante a elaboração da 5.^a edição, auferimos o título de livre-docente em Direito Penal, com o trabalho, já publicado, intitulado *Individualização da pena*, o que nos permitiu enriquecer os capítulos referentes às penas e sua aplicação.

Esta obra tem proposta diferenciada desde o início: os temas polêmicos – e são muitos – jamais são debatidos ou expostos sob um único enfoque, que seria o do autor. Nosso compromisso é apresentar ao leitor o mais largo espectro das posições existentes, jamais deixando de demonstrar qual é o ponto de vista que nos parece o mais adequado. Busca-se não deixar questão em aberto, o que poderia fomentar dúvida ao estudante e ao operador do direito.

O leitor certamente aproveitará o estudo, podendo estimular seu pensamento crítico e formar sua própria opinião acerca dos temas mais polêmicos.

Uma vez mais, agradecemos a todos os que nos apoiaram na colheita de dados e sugestões para o aperfeiçoamento da obra, bem como aos dedicados profissionais da Editora Revista dos Tribunais.

São Paulo, março de 2005.

O AUTOR

O advento das Leis 10.695/2003 e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), alterando vários dispositivos do Código Penal e criando novas figuras típicas, impulsionou a elaboração da 4.^a edição desta obra, embora muitos outros acréscimos, que foram feitos, já estavam preparados para a inserção.

Após mais um semestre letivo, sempre colhendo as profícuas sugestões dos alunos e dos colegas de magistério, formamos um conjunto de modificações e de introduções indispensáveis ao aprimoramento da obra, razão pela qual o *Código Penal comentado* recebeu acréscimos em vários tópicos, mantendo o espírito do trabalho no sentido de sempre aperfeiçoar-se, tornando-se o mais atualizado possível.

Permanecemos fiéis ao nosso propósito de produzir uma obra completa, contendo a exposição diversificada do pensamento doutrinário, acórdãos recentes, e sempre acompanhada do nosso posicionamento crítico, voltada aos estudantes em geral e também aos profissionais da área jurídica.

Continuamos estabelecendo a vinculação da matéria com Processo Penal e Execução Penal, visando à facilitação do estudo do consultor da obra.

Renovamos o nosso agradecimento aos leitores, sinceros colaboradores para o primor do estudo, bem como à Editora Revista dos Tribunais, pela confiança depositada e pelo incessante trabalho de divulgação.

São Paulo, outubro de 2003.

O AUTOR

A terceira edição do *Código Penal comentado* foi elaborada com o mesmo devotamento com que construímos as anteriores, embora traga o aperfeiçoamento natural erguido pelas sempre bem-vindas críticas e sugestões de todos os profissionais que fizeram e continuam fazendo uso das duas anteriores, sem contar, evidentemente, o inestimável apoio dos alunos da graduação e da pós-graduação, buscando propor inclusões e sugerir novos temas a serem debatidos e comentados. Nossa proposta original de mesclar a análise do texto legal com a jurisprudência mais atualizada possível, bem como inserindo nossa visão crítica e também a dos autores que defendem posicionamentos diversos, é mantida. Pensamos ter contribuído para estimular o debate nas salas de aula, justamente porque o aluno tem à sua disposição, sobre os vários institutos, inúmeros pontos de vista para fecundar a troca de idéias, além de contribuir para o profissional extrair sua linha de acusação, de defesa ou mesmo de julgamento.

Além da análise dos novos tipos penais introduzidos pela Lei 10.467, de 11 de junho de 2002, inserimos os conceitos de direito penal, política criminal, criminologia e as escolas penais, além de ampliar, consideravelmente, outros institutos já expostos nas edições anteriores, como, para citar apenas um exemplo, o consentimento do ofendido. Por sugestão acolhida dos estudantes, buscamos facilitar a consulta incluindo quadros esquemáticos, que permitem melhor análise e memorização de certos temas, como ocorreu com a prescrição. Não descuidamos, ainda, de promover a associação de idéias com os temas de direito processual penal, desenvolvidos em nosso *Código de Processo Penal comentado*, agora já atingindo a 2.^a edição, também com várias inserções.

Sentimo-nos à vontade para registrar que continuamos abertos às sugestões e críticas, trilhando o caminho da busca incessante pelo aperfeiçoamento das idéias expostas e fornecendo nossa modesta contribuição, advinda do magistério ao longo dos anos, para o estudo do direito penal.

Aos amigos, colaboradores e leitores o nosso agradecimento sincero, renovando, ainda, nosso reconhecimento pelo incessante apoio da Editora Revista dos Tribunais.

São Paulo, fevereiro de 2003.

O AUTOR

Em pouco mais de um ano, esgotou-se a primeira edição desta obra, além de várias modificações terem ocorrido no contexto do Direito Penal, no Brasil. Por isso, ao prepararmos a nova versão do *Código Penal comentado*, ficamos atentos às alterações legislativas, além de permanecermos fiéis à proposta original do texto, que contém, além de comentários à lei, nossa particular visão acerca dos temas estudados, criticando ou enaltecendo, mas sempre fixando o nosso posicionamento, em especial no que toca aos pontos mais polêmicos.

A primeira edição encontrou grande aceitação dentre profissionais do Direito e estudantes, embora tenha apresentado questões que mereceram revisão e um estudo mais aprofundado, o que pôde ser sanado nesta versão. Obtivemos de muitos colegas, especialmente daqueles ligados ao magistério, impagável colaboração na feitura de críticas e observações, muitas das quais foram acolhidas e somente serviram para o engrandecimento do texto, bem como, sem dúvida, de nosso próprio estudo. Não foram poucos os estudantes, tanto dos cursos de graduação, quanto daqueles que se preparavam ao ingresso, por concurso, às carreiras jurídicas, que nos procuraram ofertando sugestões primorosas para o aperfeiçoamento do livro, além de solicitarem a abordagem a certos temas, que, na primeira edição, deixaram de ser expostos. Abertos estivemos a tais colocações e tivemos por objetivo, na elaboração da nova versão, atender a todos os pontos de vista apresentados.

Vislumbramos, ainda mais, a complexidade existente em alinhar uma obra completa, que cuida de comentários a todo um Código, bem como traz temas doutrinários, com sua repercussão jurisprudencial, de modo harmônico e uniforme. Muitos dos obstáculos foram superados e outros, certamente, ainda podem existir, mas a perseverança nos fará ultrapassá-los.

A obra incorporou comentários às novas figuras típicas criadas, especialmente os crimes contra as finanças públicas (Lei 10.028/2000), constantes dos arts. 359-A a 359-H, o crime de assédio sexual (Lei 10.224/2001), constante do art. 216-A, além de ter levado em consideração as modificações legislativas havidas na denúncia caluniosa (art. 339, modificado pela Lei 10.028/2000), no falso testemunho e falsa perícia (arts. 342 e 343, alterados pela Lei 10.268/2001), sem deixar passar em branco os reflexos trazidos pela edição da Lei 10.054/2000, que regulamenta os casos de identificação criminal, nos delitos de desobediência e de auto-acusação falsa. Fizemos incluir, também, no contexto das imunidades parlamentares, o disposto na Emenda n. 35, de 20 de dezembro de 2001, que limitou o alcance da imunidade dos deputados e senadores.

Não foram somente essas as inclusões que a obra mereceu. Aprimoramos vários outros setores, ampliando, consideravelmente, o contexto doutrinário. Inserimos os princípios de Direito Penal, outras classificações do tipo penal e do dolo, o conflito aparente de normas, as imunidades diplomáticas e parlamentares, além de acréscimos consideráveis em outros assuntos, como a imputação objetiva, a classificação dos crimes e a extradição – somente para exemplificar. Tivemos o

cuidado de, mantendo o espírito da primeira edição, acrescentar apenas jurisprudência recente, espelhando a atual posição dos tribunais pátrios.

Tivemos a oportunidade de coordenar nossos estudos de Direito Penal com o aprofundamento havido na área de processo penal, em face da edição do nosso *Código de Processo Penal comentado*, cujo lançamento se faz concomitantemente a esta obra. Assim, o profissional e o estudante poderão ter um estudo abrangente e harmônico do direito material e do direito processual, ao consultarem os dois textos comentados, ambos com o mesmo objetivo de esclarecer, anotado o nosso particular posicionamento, a respeito dos temas expostos.

A legislação penal continua a merecer uma reforma ampla, como já apregoamos na apresentação à primeira edição, sem que se façam tantas modificações pontuais, empobrecedoras da harmonia do Código Penal, mas, a despeito disso, não se pode olvidar o esforço do legislador para atender importantes questões penais, como ocorreu, por exemplo, quanto aos crimes contra as finanças públicas.

Auguramos que esta nova edição possa continuar atendendo às expectativas dos seus consulentes e continuamos abertos às críticas e outras sugestões construtivas, sempre bem-vindas.

Uma vez mais, agradecemos o apoio dos amigos e a confiança, em nós depositada, pela Editora Revista dos Tribunais.

São Paulo, fevereiro de 2002.

O AUTOR

O estudo do direito penal mostra-se, na atualidade, cada vez mais necessário e minucioso, tendo em vista que, sob um primeiro aspecto, a criminalidade aumenta consideravelmente, por conta de fatores variados, sendo de se destacar a miséria social, o fracasso da política econômica de muitos governos, bem como as sucessivas crises éticas pelas quais passou a sociedade brasileira nos últimos anos, muitas delas trazendo a falta de confiança nas instituições. Sob um segundo prisma, a ausência de uma política coordenada de segurança pública, abrangendo todo o País, que tem proporções continentais, leva ao descompasso entre as leis editadas e a realidade vivida, provocando um descrédito indevido, mas lamentavelmente presente, nas leis penais, com especial relevo para os tipos penais incriminadores, bem como no que diz respeito à aplicação e cumprimento das penas. O legislador, por seu turno, cada vez que se defronta com situações fáticas adversas, tenta solucionar o impasse com a criação de novas figuras típicas ou inovadores sistemas de aplicação da lei penal. Como exemplos, pode-se mencionar o advento da Lei 9.714/98, que instituiu profunda modificação no contexto das penas alternativas, e a edição da Lei 8.072/90, que trouxe nova disciplina para os delitos considerados hediondos e outros assemelhados, servindo para demonstrar a ânsia do Poder Legislativo em resolver o caos social – seja a superlotação dos presídios, seja o recrudescimento dos crimes violentos –, renovando, a qualquer custo, a legislação penal, ainda que de maneira cristalinamente contraditória. Ao Judiciário, após o advento de novas leis, resta aplicá-las, nem sempre gerando resultados positivos, com a efetiva prevenção e reeducação de pessoas delinquentes, porque invariavelmente falta, no todo, coerência sistêmica, impossível de ser corrigida por remendos provocados por leis criadas em momentos de crise, sem grande reflexão e dissociadas da realidade. Não que as tentativas de aprimorar o sistema normativo penal sejam incabíveis e desnecessárias: muito pelo contrário, devem existir e ser incentivadas, embora estejamos acompanhando enxertos variados, em diferentes pontos dos códigos e das leis esparsas, movimentando-se em descompasso e arritmia.

Se por um lado a Lei 9.714/98, que estamos utilizando como exemplo, embora outras existam causando conflitos, teve o mérito de criar penas alternativas à privativa de liberdade, para crimes de menor gravidade, evitando-se os sérios males do sistema carcerário, que é capaz de corromper ainda mais o ser humano que delinqüiu, por outro, deixou de fornecer critérios e fórmulas razoáveis, criteriosas, coerentes e detalhadas para a substituição da pena de prisão por outras restritivas de direitos. Deixou, somente para ilustrar, à doutrina e à jurisprudência a missão de definir como executar a pena de prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, gerando, logo de início, correntes opostas de interpretação, o que leva os magistrados, por vezes, a preferir não utilizá-las, para que não se tornem inexecutíveis. No tocante à Lei dos Crimes Hediondos, surgida na onda dos seqüestros que assolavam o País no final da década de 80 – situação ainda não resolvida, a bem da verdade –, teve o legislador por meta uma melhor forma de controle e prevenção dos crimes graves, instituindo regime rigoroso para o cumprimento das penas

privativas de liberdade e até mesmo para aguardar a solução do processo, vedando a concessão de liberdade provisória e aplicando o regime fechado integral em caso de condenação. Provocou, com isso, lamentáveis disparidades entre sujeitos que cometem crimes classificados como hediondos pelo simples preenchimento de alguma das figuras previstas no rol do art. 1.º da Lei 8.072/90, mas que apresentam, para a sociedade, substancial diferença de periculosidade. Não se poderia, jamais, padronizar penas, regimes e benefícios, como se os seres humanos fossem iguais, em personalidade e atitudes, praticando condutas exatamente idênticas. A tentativa de estupro e um beijo lascivo, considerado atentado violento ao pudor, quando extraído mediante violência, não podem produzir o mesmo desvalor que é capaz de gerar o latrocínio ou a extorsão mediante seqüestro seguida de morte; todavia, fica o juiz proibido de conceder, a quem é preso em flagrante por tais delitos, a liberdade provisória, bem como deve impor o regime fechado integral em caso de condenação. As penas foram consideravelmente aumentadas e, ainda assim, sabe-se da existência do art. 75 do Código Penal, que constitui autêntico teto para o cumprimento das penas no Brasil, fixado esse montante em 30 anos, esteja ou não o condenado preparado a retornar ao convívio social. Desse modo, caso uma pessoa seja condenada por vários crimes considerados hediondos a penas superiores a cem anos de prisão, exemplificativamente, não cumprirá mais do que trinta, devendo ser colocada em liberdade a seguir. Não terá, na maior parte dos casos, condições de retornar ao convívio social de maneira satisfatória, seja porque não obteve benefícios durante a execução da pena – integralmente cumprida em regime fechado –, seja porque o sistema carcerário nacional é um dos piores do mundo. Vislumbra-se, portanto, uma autêntica conotação liberal no referido art. 75 do Código Penal, que não tem igual correspondência na Lei dos Crimes Hediondos, de nítida formulação rigorosa. O mesmo confronto se dá entre a Lei 9.714/98, das penas alternativas, e a mencionada Lei dos Crimes Hediondos. Por outro lado, a Lei de Tóxicos, em vigor desde 1976, não foi até o momento revista, permanecendo na inadequada fórmula de equiparação de traficantes de pouquíssima periculosidade, como a esposa do preso que carrega para dentro da cadeia, a seu pedido, pouca quantidade de maconha, com os grandes comerciantes de drogas, perigosos delinquentes do crime organizado, que transacionam toneladas de cocaína. Ambos os agentes cometem o delito previsto no art. 12 e estão sujeitos a cumprir integralmente a pena no regime fechado, o que não é lógico, nem verdadeiramente racional.

O legislador poderia caminhar no sentido da descriminalização de uma série de delitos atualmente considerados de pouca utilidade, diante da evolução social e dos novos costumes vivenciados pela sociedade brasileira, mas prefere alongar, sempre que pode, o já extenso rol de figuras típicas dos códigos e das leis especiais. Esquece-se, ainda, de que a verdadeira transformação no sistema penal brasileiro, com a diminuição impunidade, deveria ter início, na atualidade, pelo processo penal, vetusto e defasado, que não fornece aos aplicadores da lei penal os instrumentos adequados ao seu mister. De nada adianta um direito penal aprimorado sem que existam meios eficazes para o combate ao crime, especialmente o organizado. Por mais que se alterem as leis, é indispensável que a reforma se dê no direito penal e no direito processual penal, coordenadamente e, se possível, ao

mesmo tempo. Sem isso, continuaremos a ter uma lei moderna qualquer sendo viabilizada por outra que possui décadas de existência – o descompasso torna-se manifesto e o desgaste é inevitável.

Na linha das contradições que estamos apontando, novamente inovou-se na legislação penal, com a edição da Lei 9.983, de 14 de julho de 2000, que entrará em vigor em outubro próximo, pois realizou-se uma reforma parcial na Parte Especial do Código Penal, tendo por finalidade atender ao reparo das incoerências havidas na Lei 8.212/91, que cuidava dos crimes contra a Seguridade Social. Nesta lei estavam previstas, como delito, dez figuras típicas (art. 95, alíneas *a* até *j*), embora somente três delas possuíssem pena, significando, pois, que as outras sete eram apenas propostas de criação da figura delitiva, sem a sua efetivação, uma vez inexistir *crime sem pena*. Logo, a título de exemplo, o empregador que deixasse de incluir na folha de pagamentos da empresa os segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo que lhe prestassem serviços, cometeria um ato ilícito, que não poderia ser considerado delito por falta de sanção penal. É certo que tais defeitos graves foram corrigidos, pois as dez figuras típicas dos crimes previdenciários foram inseridas no Código Penal, todas com previsão de sanção. Entretanto, o que se critica é a produção de mais uma reforma parcial do Código, quando a legislação penal está a demandar, de uma vez por todas, uma ampla revisão, extirpando-se crimes em nítido desuso, incluindo-se novas figuras típicas e reformando-se aquelas que necessitam de ajuste. Destaque-se, a bem da verdade, que a Lei 9.983/2000 teve o mérito de criar crimes especiais no campo da informática, v.g., arts. 313-A (inserção de dados falsos em sistema de informações) e 313-B (modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações). Mas, para não alterar a numeração existente no Código Penal, introduziu as confusas figuras típicas desdobradas, acrescentando as letras “A” ou “B” em artigos vigentes, o que somente dificulta o manuseio e a inteligência da lei penal. Ademais, não se vislumbra coerência na inserção das novas figuras típicas nos atuais locais que lhes foram destinados. Exemplo disso é a *inserção de dados falsos em sistema de informações* – art. 313-A –, que passou a ser um desdobramento do *peculato mediante erro de outrem*, figura não necessariamente vinculada ao procedimento do agente que falseia banco de dados da Administração Pública. Assim também aconteceu com o novo art. 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), que passou a ser considerado fracionamento do crime de *subtração ou inutilização de livro ou documento*, que nada possui em comum com a figura recém-introduzida.

Enfim, em que pesem os aspectos positivos da nova Lei 9.983, verifica-se que a ausência de interesse pela opção de uma reforma ampla e profunda do Código, previamente debatida com a sociedade vai tornando o estudo do direito penal cada vez mais conturbado e complexo, chegando a causar perplexidade ao estudante do bacharelado. Afinal, foram feitas mais de trinta modificações sem que fosse alterada a numeração do Código Penal, inserindo-se artigos e parágrafos com desdobramentos incompatíveis com a tradição do direito brasileiro. Não se desconhece que o legislador, ao elaborar tais figuras típicas, inserindo-as na Parte Especial, respeitou o disposto na Lei Complementar 95/98, regulamentada pelo Decreto 2.954/99 (art. 19, I a III), fazendo constar os acréscimos de letras maiúsculas na numeração dos artigos e parágrafos, embora o que estejamos a

criticar, repita-se, é a insistente tendência de se reformar parcialmente o Código Penal, quando o merecido, há muito, seria uma ampla e coerente revisão. Se tal ocorresse, não seria necessário utilizar as letras para evitar a renumeração do Decreto-lei 2.848/40.

Poderíamos nos alongar no apontamento de muitas outras mazelas do sistema penal, tal como colocado e vigente nos dias de hoje, mas perderíamos a objetividade da introdução deste trabalho, que é oferecer aos estudantes de Direito e aos profissionais da área um *Código Penal comentado*, contendo estudos, sugestões, críticas, posicionamentos doutrinários dos mais variados e jurisprudência atualizada.

O objetivo da obra, desde que o projeto de criação deste Código surgiu, é unir, sem a vã pretensão de esgotar os assuntos tratados – o que seria até mesmo inadequado para comentários deste perfil –, a teoria, a prática, a sugestão e a crítica, os dois últimos elementos nem sempre presentes em obras de inequívoco valor doutrinário, que deixam de provocar no estudante e no leitor, de um modo geral, o pensamento crítico e renovador, do qual, com certeza, proliferam as idéias e as novas teses jurídicas, que podem contribuir sobremaneira para o aprimoramento do direito penal.

As contradições do sistema penal brasileiro, algumas das quais foram propositadamente mencionadas nas linhas iniciais para ilustrar o nosso intento, servem para compor o universo de crítica construtiva presente nesta obra, acompanhada da posição doutrinária vigente e da jurisprudência pertinente.

Desde o nosso ingresso nas carreiras públicas, inicialmente no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 1987, e posteriormente na Magistratura do mesmo Estado, no ano seguinte, jamais perdemos o contato com a área criminal e sempre estivemos consultando manuais e códigos comentados. A prática profissional certamente nos impulsiona a isso, além do que, como aluno da graduação, já tínhamos tido a oportunidade de consultar leis comentadas. Concluímos, com o passar dos anos, que o estudo minucioso de qualquer ramo do Direito passa por várias fases, entre as quais não se deve dispensar a leitura das monografias, dos cursos, dos tratados e dos comentários aos códigos e às leis penais. Entretanto, não se pode olvidar que a complexidade da vida moderna e a racionalização do tempo trouxeram a necessidade e fizeram emergir as obras sintetizadas, condensando pensamentos e apresentando, de forma ordenada e clara, fascículos sobre temas variados. E, trilhando caminho paralelo, nunca se perdeu de vista, nesse cenário, o tão indispensável código comentado, como base de apoio para o profissional encontrar, rapidamente, uma abordagem condensada, mas aprofundada, de temas específicos relativos à concreta aplicação da lei penal. Destarte, não se pode pretender, ao comentar a lei artigo por artigo, esgotar temas, especialmente os polêmicos, embora uma abordagem incisiva sobre o assunto deva ser feita.

Após darmos início aos nossos estudos de pós-graduação, sempre voltados às áreas penal e processual penal, que consideramos indissociáveis para a ideal aplicação da lei, repressão à criminalidade e possibilidade de êxito na recuperação do delinquente, bem como lecionando há mais de uma década em cursos de graduação, pudemos sentir o interesse de vários colegas, professores e estudantes, na obtenção de um *Código Penal comentado* que contivesse a análise do autor, sua

posição pessoal sobre os temas tratados, ensinamentos doutrinários relevantes e jurisprudência efetivamente atualizada. Certamente muitas obras preenchem esse perfil, embora nossa proposta seja avançar um pouco mais, incluindo doutrina estrangeira, apresentando opiniões críticas e oferecendo sugestões. Por outro lado, a jurisprudência citada, na sua maioria, traz o conteúdo principal dos acórdãos, para avaliação do leitor, e não a mera indicação de sua fonte. E não se faz referência à jurisprudência em tópico à parte do texto analisado, dissociado do assunto, mas sim por ocasião da nota pertinente ao artigo em estudo, proporcionando imediata ligação entre o que se comenta e o já decidido pelos tribunais pátrios. Houve o cuidado de colher jurisprudência bem recente, abolindo-se menções de decisões antigas, que já não mais vigem, pois a composição das câmaras e turmas das cortes alterou-se consideravelmente de alguns anos para cá, de nada adiantando ao estudante ou ao profissional tomar conhecimento de um posicionamento não mais adotado ou ultrapassado. Quando, eventualmente, algum acórdão antigo for citado, deve-se isso ao seu relevante aspecto histórico, algo que procuramos, na medida do possível, ressaltar. Optamos por não fazer citação jurisprudencial em determinados artigos quando decisão recente não fosse encontrada ou não fosse satisfatoriamente elucidativa.

A obra não tem a presunção de ser inédita, mas possui proposta diferenciada, contendo dados, informes e apresentação inovadores em matéria de *Código Penal comentado*. Buscou-se fazer comentários pormenorizados dos elementos dos tipos penais, especialmente os incriminadores, a fim de dispensar o estudante de consultas freqüentes a outros livros, leis ou dicionários, mesmo porque, diante da riqueza lingüística do vernáculo, há termos cuja significação jurídica é diversa da coloquial.

Esforçamo-nos para atuar com imparcialidade em nossas posições, a fim de não constituir um manual de apoio primordialmente voltado ou à defesa ou à acusação. Ao contrário, tivemos o empenho de afirmar o nosso pensamento acadêmico, que, mesmo que possa não ser, para alguns, o mais correto, foi sempre explícita e lealmente colocado.

Após a conquista dos títulos de Mestre e Doutor em Direito Processual Penal, prestamos concurso para a cadeira de Direito Penal, sempre na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde atualmente lecionamos no curso de graduação, sem deixar de atender a convites para ministrar aulas e conferências em cursos de pós-graduação. Isso nos permitiu, ainda mais, trocar idéias com advogados, promotores de justiça, delegados de polícia e colegas da magistratura, e possibilitou que conhecêssemos o anseio por um *Código Penal comentado*, que contivesse, como já mencionado, sempre que possível, a posição fundamentada do autor. Foi o que procuramos fazer.

É imperioso que agradeçamos a todos aqueles que nos apoiaram nessa trajetória, em especial aos integrantes das bancas que nos examinaram na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e, benevolmente, apreciando nossos trabalhos, nos aprovaram. Merecedores dessa homenagem são os Professores Doutores Hermínio Alberto Marques Porto, nosso orientador, Dirceu de Mello, Luiz Alberto David Araujo, Osvaldo Henrique Duek Marques, Sérgio Seiji Shimura, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Antonio

Luis Chaves Camargo. Além disso, não poderíamos deixar de demonstrar o nosso reconhecimento aos alunos do bacharelado e aos colegas dos cursos de pós-graduação e extensão universitária da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Universidade Paulista, em especial à turma de 1995, da qual tivemos a satisfação de ser paraninfo, da Universidade Braz Cubas, das Faculdades Metropolitanas Unidas, da Instituição Toledo de Ensino, das Faculdades Integradas de Osasco, da Escola Superior do Ministério Público, da Escola Paulista da Magistratura, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, em especial à turma de 1998, do curso de pós-graduação, do qual também tivemos a honra de ser paraninfo, do Instituto Internacional de Direito e do CPC – Curso Preparatório para Concurso, de São Paulo, que nos permitiram profícuas trocas de idéias e o aprimoramento de conceitos, bem como aos profissionais com os quais tivemos a satisfação de conviver ao longo da carreira. O suporte da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo foi fundamental, razão pela qual rendemos, também, os nossos agradecimentos aos seus dedicados funcionários. Imprescindível, ainda, ressaltar o apoio incondicional recebido do Prof. Dr. Antonio Carlos Marcato, incentivador de todas as horas, desde o curso de graduação da Faculdade de Direito da USP, passando pelo período em que cursamos a pós-graduação lato sensu da Universidade de São Paulo, até os dias presentes. Por derradeiro, nosso reconhecimento à Editora Revista dos Tribunais, pela confiança depositada neste trabalho.

São Paulo, agosto de 2000.

O AUTOR

SUMÁRIO

Apresentação à 9. ^a edição.....	5
Apresentação à 8. ^a edição.....	7
Apresentação à 7. ^a edição.....	9
Apresentação à 6. ^a edição.....	11
Apresentação à 5. ^a edição.....	13
Apresentação à 4. ^a edição.....	15
Apresentação à 3. ^a edição.....	17
Apresentação à 2. ^a edição.....	19
Apresentação à 1. ^a edição.....	21
Tábua de abreviaturas.....	35

PARTE GERAL	Art. 19..... 213	Seção I	
Título I	Art. 20..... 215	<i>Das penas privativas</i>	
Da Aplicação da Lei Penal	Art. 21..... 222	<i>de liberdade</i>	
Art. 1. ^o 37	Art. 22..... 227	Art. 33..... 315	
Art. 2. ^o 60	Art. 23..... 237	Art. 34..... 339	
Art. 3. ^o 74	Art. 24..... 252	Art. 35..... 344	
Art. 4. ^o 78	Art. 25..... 257	Art. 36..... 345	
Art. 5. ^o 79	Título III	Art. 37..... 347	
Art. 6. ^o 96	Da Imputabilidade Penal	Art. 38..... 347	
Art. 7. ^o 96	Art. 26..... 275	Art. 39..... 352	
Art. 8. ^o 108	Art. 27..... 281	Art. 40..... 358	
Art. 9. ^o 108	Art. 28..... 284	Art. 41..... 358	
Art. 10..... 110	Título IV	Art. 42..... 359	
Art. 11..... 112	Do Concurso de Pessoas	Seção II	
Art. 12..... 112	Art. 29..... 291	<i>Das penas restritivas</i>	
Título II	Art. 30..... 301	<i>de direitos</i>	
Do Crime	Art. 31..... 304	Art. 43..... 362	
Art. 13..... 140	Título V	Art. 44..... 364	
Art. 14..... 162	Das Penas	Art. 45..... 370	
Art. 15..... 186	<i>Capítulo I</i>	Art. 46..... 373	
Art. 16..... 191	Das espécies de pena	Art. 47..... 375	
Art. 17..... 195	Art. 32..... 314	Art. 48..... 376	
Art. 18..... 200			

Seção III		Capítulo IV		Art. 98.....	528
Da pena de multa		Da suspensão		Art. 99.....	528
		condicional da pena		Título VII	
Art. 49.....	377	Art. 77.....	480	Da Ação Penal	
Art. 50.....	380	Art. 78.....	487	Art. 100.....	531
Art. 51.....	381	Art. 79.....	490	Art. 101.....	533
Art. 52.....	384	Art. 80.....	491	Art. 102.....	534
Capítulo II		Art. 81.....	491	Art. 103.....	534
Da cominação		Art. 82.....	493	Art. 104.....	535
das penas		Capítulo V		Art. 105.....	535
Art. 53.....	386	Do livramento		Art. 106.....	535
Art. 54.....	386	condicional		Título VIII	
Art. 55.....	386	Art. 83.....	495	Da Extinção da	
Art. 56.....	387	Art. 84.....	503	Punibilidade	
Art. 57.....	387	Art. 85.....	503	Art. 107.....	538
Art. 58.....	387	Art. 86.....	504	Art. 108.....	554
Capítulo III		Art. 87.....	505	Art. 109.....	554
Da aplicação		Art. 88.....	506	Art. 110.....	559
da pena		Art. 89.....	506	Art. 111.....	562
Art. 59.....	388	Art. 90.....	507	Art. 112.....	564
Art. 60.....	410	Capítulo VI		Art. 113.....	565
Art. 61.....	410	Dos efeitos		Art. 114.....	565
Art. 62.....	420	da condenação		Art. 115.....	566
Art. 63.....	422	Art. 91.....	509	Art. 116.....	568
Art. 64.....	424	Art. 92.....	512	Art. 117.....	568
Art. 65.....	427	Capítulo VII		Art. 118.....	573
Art. 66.....	434	Da reabilitação		Art. 119.....	574
Art. 67.....	434	Art. 93.....	514	Art. 120.....	575
Art. 68.....	438	Art. 94.....	516	PARTE ESPECIAL	
Art. 69.....	445	Art. 95.....	517	Título I	
Art. 70.....	447	Título VI		Dos Crimes contra a Pessoa	
Art. 71.....	450	Das Medidas		Capítulo I	
Art. 72.....	463	de Segurança		Dos crimes contra a vida	
Art. 73.....	463	Art. 96.....	519	Art. 121.....	582
Art. 74.....	465	Art. 97.....	520	Art. 122.....	608
Art. 75.....	467				
Art. 76.....	474				

Art. 123.....	611	<i>Capítulo VI</i> Dos crimes contra a liberdade individual	<i>Capítulo II</i> Do roubo e da extorsão
Art. 124.....	614		
Art. 125.....	615		
Art. 126.....	616		
Art. 127.....	617		
Art. 128.....	617	Seção I <i>Dos crimes contra a liberdade pessoal</i>	Art. 157..... 735
<i>Capítulo II</i> Das lesões corporais		Art. 146..... 680 Art. 147..... 683 Art. 148..... 685 Art. 149..... 689	<i>Capítulo III</i> Da usurpação
Art. 129.....	622		
<i>Capítulo III</i> Da periclitacão da vida e da saúde			
Art. 130.....	638		
Art. 131.....	641	Seção II <i>Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio</i>	Art. 161..... 758 Art. 162..... 762
Art. 132.....	643		
Art. 133.....	645		
Art. 134.....	647		
Art. 135.....	648	Art. 150..... 694	<i>Capítulo IV</i> Do dano
Art. 136.....	651		
<i>Capítulo IV</i> Da rixa			
Art. 137.....	655		
<i>Capítulo V</i> Dos crimes contra a honra		Seção III <i>Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência</i>	Art. 163..... 763 Art. 164..... 765 Art. 165..... 766 Art. 166..... 766 Art. 167..... 767
Art. 138.....	659		
Art. 139.....	664		
Art. 140.....	666		
Art. 141.....	671	Art. 151..... 701 Art. 152..... 709	<i>Capítulo V</i> Da apropriação indébita
Art. 142.....	673		
Art. 143.....	676		
Art. 144.....	677		
Art. 145.....	678	Seção IV <i>Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos</i>	Art. 168..... 767 Art. 168-A..... 770 Art. 169..... 781 Art. 170..... 784
<i>Capítulo VI</i> Do estelionato e outras fraudes			
Art. 171.....	784		
Art. 172.....	797		
Art. 173.....	799	Título II Dos Crimes contra o Patrimônio	Art. 174..... 800 Art. 175..... 802 Art. 176..... 803 Art. 177..... 807
Art. 174.....	800		
Art. 175.....	802		
Art. 176.....	803		
Art. 177.....	807	<i>Capítulo I</i> Do furto	Art. 178..... 813 Art. 179..... 815
Art. 178.....	813		
Art. 179.....	815		
Art. 155.....	717		
Art. 156.....	733		

Capítulo VII Da receptação		Título IV Dos Crimes contra a Organização do Trabalho		Título VI Dos Crimes contra os Costumes	
Art. 180.....	816	Art. 197.....	847	Capítulo I Dos crimes contra a liberdade sexual	
Capítulo VIII Disposições gerais		Art. 198.....	850	Art. 213.....	874
Art. 181.....	829	Art. 199.....	851	Art. 214.....	881
Art. 182.....	833	Art. 200.....	852	Art. 215.....	884
Art. 183.....	833	Art. 201.....	853	Art. 216.....	885
Título III Dos Crimes contra a Propriedade Imaterial		Art. 202.....	854	Art. 216-A.....	886
Capítulo I Do crimes contra a propriedade intelectual		Art. 203.....	855	Capítulo II Da sedução e da corrupção de menores	
Art. 184.....	835	Art. 204.....	860	Art. 217 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	892
Art. 185 (Revogado pe- la Lei 10.695/2003.)....	844	Art. 205.....	861	Art. 218.....	892
Art. 186.....	844	Art. 206.....	862	Capítulo III Do rapto	
Capítulo II Dos crimes contra o privilégio de invenção		Art. 207.....	862	Art. 219 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	894
Art. 187 a 191 (Revo- gados pela Lei 9.279/ 1996.)	846	Título V Dos Crimes contra o Sentimento Religioso e contra o Respeito aos Mortos		Art. 220 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	894
Capítulo III Dos crimes contra as marcas de indústria e comércio		Capítulo I Dos crimes contra o sentimento religioso		Art. 221 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	895
Art. 192 a 195 (Revo- gados pela Lei 9.279/ 1996.)	846	Art. 208.....	865	Art. 222 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	895
Capítulo IV Dos crimes de concorrência desleal		Capítulo II Dos crimes contra o respeito aos mortos		Capítulo IV Disposições gerais	
Art. 196 (Revogado pe- la Lei 9.279/1996.)	846	Art. 209.....	868	Art. 223.....	895
		Art. 210.....	869	Art. 224.....	896
		Art. 211.....	869	Art. 225.....	904
		Art. 212.....	871	Art. 226.....	907

<i>Capítulo V</i> Do lenocínio e do tráfico de pessoas		<i>Capítulo III</i> Dos crimes contra a assistência familiar		Art. 263.....	969
Art. 227.....	908	Art. 244.....	941	Art. 264.....	970
Art. 228.....	910	Art. 245.....	944	Art. 265.....	971
Art. 229.....	912	Art. 246.....	946	Art. 266.....	972
Art. 230.....	918	Art. 247.....	947	<i>Capítulo III</i> Dos crimes contra a saúde pública	
Art. 231.....	920	<i>Capítulo IV</i> Dos crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela		Art. 267.....	973
Art. 231-A.....	922	Art. 248.....	948	Art. 268.....	975
Art. 232.....	923	Art. 249.....	950	Art. 269.....	976
<i>Capítulo VI</i> Do ultraje público ao pudor		Título VIII Dos Crimes contra a Incolumidade Pública		Art. 270.....	977
Art. 233.....	925	<i>Capítulo I</i> Dos crimes de perigo comum		Art. 271.....	978
Art. 234.....	926	Art. 250.....	953	Art. 272.....	979
Título VII Dos Crimes contra a Família		Art. 251.....	956	Art. 273.....	981
<i>Capítulo I</i> Dos crimes contra o casamento		Art. 252.....	957	Art. 274.....	985
Art. 235.....	931	Art. 253.....	958	Art. 275.....	986
Art. 236.....	933	Art. 254.....	959	Art. 276.....	987
Art. 237.....	935	Art. 255.....	960	Art. 277.....	988
Art. 238.....	936	Art. 256.....	961	Art. 278.....	990
Art. 239.....	937	Art. 257.....	962	Art. 279.....	991
Art. 240 (Revogado pe- la Lei 11.106/2005.)....	938	Art. 258.....	963	Art. 280.....	991
<i>Capítulo II</i> Dos crimes contra o estado de filiação		Art. 259.....	963	Art. 281.....	992
Art. 241.....	938	<i>Capítulo II</i> Dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos		Art. 282.....	992
Art. 242.....	939	Art. 260.....	964	Art. 283.....	993
Art. 243.....	941	Art. 261.....	966	Art. 284.....	995
		Art. 262.....	968	Art. 285.....	996
		Título IX Dos Crimes contra a Paz Pública		Art. 286.....	997
				Art. 287.....	998
				Art. 288.....	998

Título X	Título XI	Art. 336..... 1118
Dos Crimes contra a Fé Pública	Dos Crimes contra a Administração Pública	Art. 337..... 1119
<i>Capítulo I</i>	<i>Capítulo I</i>	Art. 337-A..... 1120
Da moeda falsa	Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral	<i>Capítulo II-A</i>
Art. 289..... 1003	Art. 312..... 1055	Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira
Art. 290..... 1007	Art. 313..... 1060	
Art. 291..... 1008	Art. 313-A..... 1061	Art. 337-B..... 1127
Art. 292..... 1010	Art. 313-B..... 1063	Art. 337-C..... 1132
<i>Capítulo II</i>	Art. 314..... 1064	Art. 337-D..... 1133
Da falsidade de títulos e outros papéis públicos	Art. 315..... 1065	
Art. 293..... 1011	Art. 316..... 1066	<i>Capítulo III</i>
Art. 294..... 1018	Art. 317..... 1071	Dos crimes contra a administração da justiça
Art. 295..... 1019	Art. 318..... 1075	Art. 338..... 1135
<i>Capítulo III</i>	Art. 319..... 1076	Art. 339..... 1137
Da falsidade documental	Art. 319-A..... 1077	Art. 340..... 1144
Art. 296..... 1019	Art. 320..... 1080	Art. 341..... 1145
Art. 297..... 1022	Art. 321..... 1081	Art. 342..... 1147
Art. 298..... 1028	Art. 322..... 1083	Art. 343..... 1159
Art. 299..... 1030	Art. 323..... 1084	Art. 344..... 1160
Art. 300..... 1035	Art. 324..... 1085	Art. 345..... 1162
Art. 301..... 1036	Art. 325..... 1087	Art. 346..... 1163
Art. 302..... 1038	Art. 326..... 1091	Art. 347..... 1164
Art. 303..... 1039	Art. 327..... 1091	Art. 348..... 1166
Art. 304..... 1040	<i>Capítulo II</i>	Art. 349..... 1168
Art. 305..... 1042	Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral	Art. 350..... 1170
<i>Capítulo IV</i>	Art. 328..... 1093	Art. 351..... 1172
De outras falsidades	Art. 329..... 1094	Art. 352..... 1174
Art. 306..... 1044	Art. 330..... 1098	Art. 353..... 1175
Art. 307..... 1045	Art. 331..... 1105	Art. 354..... 1176
Art. 308..... 1047	Art. 332..... 1108	Art. 355..... 1177
Art. 309..... 1049	Art. 333..... 1109	Art. 356..... 1179
Art. 310..... 1050	Art. 334..... 1111	Art. 357..... 1180
Art. 311..... 1051	Art. 335..... 1117	Art. 358..... 1181
		Art. 359..... 1182

<i>Capítulo IV</i>	Art. 359-C.....	1190	Art. 359-H.....	1200
Dos crimes contra as	Art. 359-D.....	1192		
finanças públicas	Art. 359-E.....	1195	DISPOSIÇÕES FINAIS	
Art. 359-A.....	1185	Art. 359-F.....	1196	Art. 360.....
Art. 359-B.....	1188	Art. 359-G.....	1197	Art. 361.....
				1201
Bibliografia				1203
Apêndice.....				1227
Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria penal.....				1227
Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal em matéria penal				1228
Súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria penal.....				1229
Índice Alfabético-remissivo				1231

TÁBUA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Criminal	Des. – Desembargador
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	DJ – Diário da Justiça
Ap. – Apelação	DJU – Diário da Justiça da União
Ap. Crim. – Apelação Criminal	ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
Ap. Cív. – Apelação Civil	ED – Embargos Declaratórios
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade	EI – Embargos Infringentes
Ag – Agravo	Emb. Div. – Embargos de Divergência
AgExec. – Agravo em Execução	EV – Exceção da Verdade
AgRg – Agravo Regimental	Extr. – Extradicação
AI – Agravo de Instrumento	HC – <i>Habeas corpus</i>
Ajuris – Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul	Inq. – Inquérito Policial
BACEN – Banco Central do Brasil	IUF – Incidente de Uniformização de Jurisprudência
Bol. AASP – Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo	j. – Julgado em
Bol. IBCCrim – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais	JC – Jurisprudência Catarinense
Bol. TJSP – Boletim de Jurisprudência da Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo	JM – Jurisprudência Mineira
BMJ – Boletim Mensal de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo	JTJ-Lex – Julgados do Tribunal de Justiça (antiga Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo – RJTJESP)
C. – Câmara	JSTF-Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
CC – Código Civil	JSTJ – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
cit. – citado (a)	JUBI – Departamento Técnico de Jurisprudência e Biblioteca do Tribunal de Justiça de São Paulo (boletim)
CJ – Conflito de Jurisdição	JUTACRIM-SP – Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho	JUTARS – Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
Cor. Parc. – Correição Parcial	LCP – Lei das Contravenções Penais
CP – Código Penal	LEP – Lei de Execução Penal
CPC – Código de Processo Civil	LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
CPP – Código de Processo Penal	MI – Mandado de Injunção
Crim. – Criminal	Min. – Ministro
CT – Carta Testemunhável	MS – Mandado de Segurança
CTN – Código Tributário Nacional	
Den. – Denúncia	

- m.v.** – maioria de votos
ob. – obra
p. – página
PE – Pedido de Extradicação
PT – Petição
QC – Queixa-crime
RA – Recurso de Agravo
RBCCrim. – Revista Brasileira de Ciências Criminais
RC – Reclamação
RDA – Revista de Direito Administrativo
RDP – Revista de Direito Público
RDTJRJ – Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
RE – Recurso Extraordinário
Rec. – Recurso Criminal
Rec. Adm. – Recurso Administrativo
rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
Rev. – Revisão Criminal
RF – Revista Forense
RHC – Recurso de *Habeas Corpus*
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RJDTACRIM – Revista de Jurisprudência e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
RJTAMG – Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais
RJTJ – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça (ex.: RJTJSP, RJTJRS)
RJTJRJ – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
RJTJRS – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
RJTJSP – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RO – Recurso de Ofício
RSE – Recurso em Sentido Estrito
RSTJ – Revista do Superior Tribunal de Justiça
RT – Revista dos Tribunais
RTFR – Revista do Tribunal Federal de Recursos
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência (STF)
RTJE – Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Turma
t. – Tomo
TA – Tribunal de Alçada
TAPR – Tribunal de Alçada do Paraná
TACRIM/RJ – Tribunal de Alçada Criminal do Rio de Janeiro
TACRIM/SP – Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TJ – Tribunal de Justiça
TJM – Tribunal de Justiça Militar
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
TP – Tribunal Pleno
TRF – Tribunal Regional Federal
VCP – Verificação de Cessação de Periculosidade
v.u. – votação unânime

Código Penal^{1-A-1-E}

Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei:

PARTE GERAL

Título I

Da aplicação da Lei Penal^{1-F-1-H}

Anterioridade da lei²

Art. 1.º Não há crime³ sem lei⁴⁻⁵ anterior⁶ que o defina.⁷⁻⁹ Não há pena¹⁰ sem prévia cominação legal.¹¹⁻¹⁶

1-A. Conceito de direito penal: é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Para vários autores, há diferença entre *direito penal* e *direito criminal*, sendo este abrangente daquele, porque daria enfoque ao *crime* e suas conseqüências jurídicas, enquanto este seria mais voltado ao estudo da *punição*. Assim não nos parece e tudo não passa de uma opção terminológica. Já tivemos, no Brasil, um Código Criminal (1830), mas depois passamos a denominar o corpo de normas jurídicas voltado ao combate à criminalidade como Código Penal (1890 e 1940). O mesmo ocorre em outros países, havendo ora a opção pela denominação de *direito criminal* (v. g., Grã-Bretanha), ora de *direito penal* (v. g., Itália).

1-B. Direito penal objetivo e direito penal subjetivo: o *direito penal objetivo* é o

corpo de normas jurídicas destinado ao combate à criminalidade, garantindo a defesa da sociedade, como exposto no item anterior. Embora alguns autores denominem *direito penal subjetivo* como o direito de punir do Estado, que surge após o cometimento da infração penal, parece-nos correta a visão de Aníbal Bruno ao sustentar que inexistente, propriamente, um direito penal subjetivo, pois “o que se manifesta no exercício da Justiça penal é esse poder soberano do Estado, um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal, para que o Estado cumpra a sua função originária, que é assegurar as condições de existência e continuidade da organização social. Reduzi-lo a um direito subjetivo falsifica a natureza real dessa função e diminui a sua força e eficácia, porque resolve o episódio do crime apenas em um conflito entre direitos do indivíduo e direitos do Estado” (*Direito penal – Parte geral*, t. I, p. 34-35).

1-C. Evolução do direito penal e escolas penais: o ser humano sempre viveu agrupado, enfatizando seu nítido impulso associativo e lastreando, um no outro, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. Ensina Carrara que “é falsa

a transição de um estado primitivo, de absoluto isolamento, para outro, modificado e artificial. (...) O estado de associação é o único primitivo do homem; nele a própria lei natural o colocou desde o instante de sua criação” (cf. *Programa do curso de direito criminal*, v. I, p. 18). Na mesma ótica: Aníbal Bruno (*Direito penal – Parte geral*, t. I, p. 67). E desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem *penas*, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. O vínculo existente entre os membros de um grupo era dado pelo totem, que, na visão de Pessagno e Bernardi, “era um animal, uma força sobrenatural (ou uma planta, mas, preferencialmente, um animal) e se considerava vinculado, de modo particular, aos indivíduos integrantes de uma tribo, uma família, uma casta ou um setor da comunidade, que poderiam, ou não, ser transmitidos hereditariamente, quando individualizados. Isto porque, ao lado dos totens individuais, existiam os de grupo, de membros da comunidade, do clã a estabelecer-se entre eles uma hierarquia e graduação” (cf. Pierangeli, *Das penas: tempos primitivos e legislações antigas, Escritos jurídico-penais*, p. 340). Na relação

totêmica, instituiu-se a punição quando houvesse a quebra de algum tabu (proibição sagrada, ligada às religiões primitivas). Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses abrangeria todo o grupo. Attingiu-se, em uma segunda fase, o que se convencionou chamar de *vingança privada*, como forma de reação da comunidade contra o infrator. Na realidade, a *justiça pelas próprias mãos* nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando a indesejada contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da *vingança privada*, adveio o que se convencionou denominar de *vingança pública*, quando o chefe da tribo ou do clã assumiu a tarefa punitiva. A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião (como explica Pierangeli, o vocábulo vem de *talis*, expressão de origem latina, cujo significado é que a sanção deve ser tal qual o atentado ou o dano provocado, implicando no *olho por olho, dente por dente*, ob. cit., p. 343), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave. No Oriente antigo, fundava-se a punição em caráter religioso, castigando-se o infrator duramente para aplacar a ira dos deuses. Notava-se o predomínio do talião, que, se mérito teve, consistiu em reduzir a extensão da punição e evitar a infundável onda de vingança privada. Na

Grécia antiga, como retrataram os filósofos da época, a punição mantinha seu caráter sacro e continuava a representar forte tendência expiatória e intimidativa. Em uma primeira fase, prevalecia a vingança de sangue, que terminou cedendo espaço ao talião e à composição. O Direito Romano, dividido em períodos, contou, de início, com a prevalência do poder absoluto do *pater familias*, aplicando as sanções que bem entendesse ao seu grupo. Na fase do reinado, vigorou o caráter sagrado da pena, firmando-se o estágio da vingança pública. No período republicano, perdeu a pena o seu caráter de expiação, pois se separaram o Estado e o culto, prevalecendo, então, o talião e a composição. Havia, para tanto, a possibilidade de entregar um escravo para padecer a pena no lugar do infrator, desde que houvesse a concordância da vítima – o que não deixava de ser uma forma de composição, como bem lembra Pierangeli (ob. cit., p. 366-368). A Lei das XII Tábuas teve o mérito de igualar os destinatários da pena, configurando autêntico avanço político-social. Durante o Império, a sanção penal tornou-se novamente mais rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados. Se na República a pena tinha caráter predominantemente preventivo, passou-se a vê-la com o aspecto eminentemente intimidativo. Mas foi também a época de significativos avanços na concepção do elemento subjetivo do crime, diferenciando-se o dolo de ímpeto do dolo de premeditação, entre outras conquistas. Continuavam a existir, no entanto, as penas infamantes, cruéis, de morte, de trabalhos forçados e de banimento. O Direito Germânico, de natureza consuetudinária, caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, havendo, posteriormente, a utilização das ordálias ou juízos de Deus. Eram provas que submetiam os acusados aos mais nefastos testes de culpa:

caminhar pelo fogo, ser colocado em água fervente, submergir num lago com uma pedra amarrada aos pés – e, caso sobrevivessem, seriam considerados inocentes; do contrário, a culpa estaria demonstrada, não sendo preciso dizer o que terminava ocorrendo nessas situações. Havia, também, os duelos judiciais, em que acabava prevalecendo a *lei do mais forte*. O Direito Canônico, predominando na Idade Média, perpetuou o caráter sacro da punição, que continuava severa, mas havia, ao menos, o intuito corretivo, com vista à regeneração do criminoso. A religião e o poder estavam profundamente ligados nessa época e a heresia implicava em crime contra o próprio Estado. Surgiram os manifestos excessos cometidos pela Santa Inquisição, que se valia, inclusive, da tortura para extrair a confissão e punir, exemplarmente, com medidas cruéis e públicas, os pretensos culpados. Inexistia, até então, qualquer proporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada. Vale mencionar, ainda, o estudo de João Bernardino Gonzaga, a respeito do direito penal no cenário indígena brasileiro: “O Direito assim constituído será forçosamente esquemático, nebuloso, mas nem por isso deixa de representar um instrumento de conservação da ordem pública. A reação não fica entregue ao inteiro alvedrio da vítima, porque resulta de imposição do pensamento coletivo. Em consequência, o que a História mostra existir em toda comunidade primitiva não é a simples *faculdade* de vingar-se o ofendido ou seu grupo, mas o *dever* de fazê-lo. O que varia é o modo de realizar-se a vingança. Se, num primeiro momento, permanece em larga margem entregue à discricção da vítima, o progresso neste terreno consiste em restringir-se cada vez mais a liberdade com que é exercida: na medida em que se aperfeiçoa a organização coletiva, da anárquica vingança privada, emotiva e

geradora de excessos, o aparecimento de um Poder central leva inevitavelmente ao seu cerceamento. Evolui-se para o talião, para a composição pecuniária; opõem-se limites à intensidade da reação, indicam-se aqueles que poderão sofrê-la; e chega-se afinal à substituição da vingança pela pena, a cargo exclusivamente do Poder Público” (*O direito penal indígena. A época do descobrimento do Brasil*, p. 123). O destino da pena era a intimidação pura, o que terminou saturando muitos filósofos e juristas, até que, com a obra de Cesare Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1764), nascia a corrente de pensamento denominada *escola clássica*. Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou Beccaria o princípio da proporcionalidade da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o direito penal, até porque se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando que somente leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, o que era fato corriqueiro até então. A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso. Nesse período, havia o predomínio de duas teorias contrapostas: teoria da retribuição (absoluta) e teoria da prevenção (relativa). A primeira (Carrara, Rossi, Kant, Hegel, entre outros) defendia que a pena tinha finalidade eminentemente retributiva, voltada ao castigo do criminoso; a segunda (Beccaria, Feuerbach, Carmignani, entre outros) entendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime. A

escola clássica encontrou seu grande representante e consolidador em Carrara, que se manifestou contrário à pena de morte e às penas cruéis, afirmando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada. Passou-se a considerar que a responsabilidade penal fundava-se na responsabilidade moral, justamente porque se deu ênfase ao livre-arbítrio. O crime passou a ser tratado como um *ente jurídico* e não como simples *fato do homem*. O escopo da pena era retribuir o mal do crime com o mal da sanção, embora pudesse haver – e até fosse desejável que ocorresse – a emenda do infrator. Essa situação, no entanto, não concernia ao direito penal. E diz Carrara: “O espetáculo de um delinqüente emendado é edificante, é utilíssimo à moral pública: nisso convenho. E por isso abomino e me oponho à pena de morte; porque acredito firmemente na força moralizadora do espetáculo de um delinqüente emendado; e não acredito, absolutamente, na força, que com temerário cinismo ouvi chamar *moralizadora*, do espetáculo de uma cabeça decepada, exibida ao povo. Nessa cena de circo eu vejo, ao invés, todos os *embriões* da depravação do povo. Um criminoso emendado, porém, ao preço da atenuação da pena merecida é uma excitação à delinqüência; é um escândalo político. Considero, pois, utilíssima a reforma do réu, a ser procurada com toda diligência, mas completamente fora do círculo do magistério penal” (cf. *Programa do curso de direito criminal*, v. II, p. 92). Com a publicação do livro *O homem delinqüente* (1876), de Cesare Lombroso, cravou-se o marco da linha de pensamento denominada *escola positiva*. Lombroso sustentou que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinqüente

te, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como consequência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria livre-arbítrio, mas simples atavismo. A escola positiva deslocou o estudo do direito penal para o campo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal. Ferri e Garofalo foram discípulos de Lombroso e grandes expoentes da escola positiva, sobretudo o primeiro. Defendeu Ferri que o ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade. Negou terminantemente o livre-arbítrio, defendido pela escola clássica. Assim, o fundamento da punição era a defesa social. A finalidade da pena consubstanciava-se, primordialmente, na prevenção a novos crimes. Não há dúvida que a escola positiva exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena, princípio que rege o direito penal até hoje, levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do delinqüente para o estabelecimento da justa sanção. Várias outras escolas surgiram após a clássica e a positiva, buscando conciliar os princípios de ambas, mas nenhuma delas atingiu o grau de consistência das primeiras. Denominaram-se escolas ecléticas. Apreciando as inúmeras escolas penais, professa Frederico Marques que, na escola clássica, houve excesso de preocupação com o homem abstrato, sujeito de direitos, elaborando suas idéias com o método dedutivo do jusnaturalismo, enquanto na escola positiva houve uma hipertrofia naturalista, preocupando-se em demasia com as leis físicas que regem o universo, em detrimento da espiritualidade da pessoa humana. A escola eclética denominada técnico-jurídica, por sua vez, baseou-se na hipertrofia dogmática, sem grande conteúdo. Enfim,

conclui, “o Direito Penal deve estudar o criminoso como espírito e matéria, como pessoa humana, em face dos princípios éticos a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material” (*Tratado de direito penal*, v. I, p. 110-111). Após a Segunda Grande Guerra, novos estudos de direito penal provocaram o surgimento do movimento denominado *nova defesa social*. Segundo lição de Oswaldo Henrique Duek Marques, afasta-se do positivismo e volta a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade, demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, sendo impossível haver a padronização sugerida pela escola fundada por Lombroso. A *nova defesa social* reconhece que a prisão é um mal necessário, embora possua inúmeras consequências negativas, devendo-se, no entanto, abolir a pena de morte. Prega, ainda, a descriminalização de certas condutas, especialmente aquelas que são consideradas *crimes de bagatela*, evitando-se o encarceramento indiscriminado. E arremata: “Os postulados traçados pela Nova Defesa Social parecem mais condizentes com a realidade atual e com uma visão progressista do Direito Penal, uma vez que não perdem as conquistas relativas à proteção aos Direitos Humanos, alcançados nas últimas décadas” (cf. *Fundamentos da pena*, p. 100). Deve-se, ainda, dar relevo à teoria surgida nas últimas décadas, denominada *teoria da prevenção geral positiva*, reafirmando que a pena não serve para intimidar criminosos, mas apenas para reafirmar a “consciência social da norma”, demonstrando a sua vigência por meio da aplicação da sanção penal. A teoria da prevenção geral positiva divide-se em: a) *fundamentadora* (Jakobs), sustentando que a aplicação da pena tem o poder de evidenciar que o agente do crime não se conduziu

corretamente, servindo de orientação aos cidadãos para o cumprimento das normas em geral, com função educativa. Por isso, é contrária ao direito penal mínimo; b) *limitadora* (Roxin, Mir Puig, Silva-Sánchez), reafirmando as bases da anterior, embora pregando que a intervenção do Estado deve ser limitada. Na realidade, em nosso entendimento, a pena possui caráter multifacetado, implicando em retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário). Abordamos o tema, com maiores detalhes, no título relativo à pena. Desde logo, remetemos o leitor para nosso livro intitulado *Individualização da pena*.

1-D. Política criminal: para uns é ciência; para outros, apenas uma técnica ou um método de observação e análise crítica do direito penal. Parece-nos que política criminal é um modo de raciocinar e estudar o direito penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento. A política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação. Ensina Heleno Fragoso que o nome de *política criminal* foi dado a importante movimento doutrinário, devido a Von Liszt, que teve influência como “tendência técnica, em face da luta de escolas penais, que havia no princípio deste século na Itália e na Alemanha. Essa corrente doutrinária apresentava soluções legislativas que acolhiam as exigências de mais eficiente repressão à

criminalidade, mantendo as linhas básicas do Direito Penal clássico”. E continua o autor, afirmando que o termo passou a ser utilizado pela ONU para denominar o “critério orientador da legislação, bem como os projetos e programas tendentes à mais ampla prevenção do crime e controle da criminalidade” (*Lições de direito penal*, p. 18). Ver, ainda, o conceito feito por Roberto Lyra, na nota abaixo. Estabelecendo a diferença entre política criminal e criminologia (cujo conceito será visto na nota 1-E), Sérgio Salomão Shecaira diz que “aquela implica as estratégias a adotarem-se dentro do Estado no que concerne à criminalidade e a seu controle; já a criminologia converte-se, em face da política criminal, em uma ciência de referências, na base material, no substrato teórico dessa estratégia. A política criminal, pois, não pode ser considerada uma ciência igual à criminologia e ao direito penal. É uma disciplina que não tem um método próprio e que está disseminada pelos diversos poderes da União, bem como pelas diferentes esferas de atuação do próprio Estado” (*Criminologia*, p. 41).

1-E. Criminologia: é a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. A criminologia envolve a antropologia criminal (estudo da constituição física e psíquica do delinquente) – inaugurada por Lombroso com a obra *O homem delinquente* –, bem como a psicologia criminal (estudo do psiquismo do agente da infração penal) e a sociologia criminal (estudo das causas sociais da criminalidade). Roberto Lyra inclui, ainda, no seu contexto a política criminal, definindo-a como a “ciência que estuda: a) as causas e as concausas da criminalidade e da periculo-

sidade preparatória da criminalidade; b) as manifestações e os efeitos da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade; c) a política a opor, assistencialmente, à etiologia da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, suas manifestações e seus efeitos” (*Criminologia*, p. 39). E arremata, afirmando que, enquanto a criminologia “considera, verticalmente, a criminalidade (conceito criminológico)”, o direito penal “considera, horizontalmente, o crime (conceito jurídico)” (ob. cit., p. 51). Nas palavras de Sérgio Salomão Shecaira, “criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes” (*Criminologia*, p. 31).

1-F. Princípios de direito penal: etimologicamente, princípio tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem; causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; preceito, regra ou lei; fonte ou causa de uma ação. No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados de *princípios constitucionais*, servindo de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, bem como funcionando como critérios de in-

terpretação e integração do texto constitucional (ver nosso *Júri – Princípios constitucionais*, p. 12-17). Dentre estes encontramos, igualmente, os explícitos e os implícitos. Regem o direito penal brasileiro os seguintes princípios: I – *constitucionais explícitos*: a) *princípio da legalidade ou da reserva legal*: trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição (ver a nota 4 ao art. 1.º). Encontra-se previsto no art. 5.º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1.º do Código Penal; b) *princípio da anterioridade*: significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem *antes* da prática da conduta para a qual se destina. Como estipulam o texto constitucional e o art. 1.º do Código Penal, “não há crime sem lei *anterior* que o defina”, nem tampouco pena “sem *prévia* cominação legal” (destacamos). De nada adiantaria adotarmos o princípio da legalidade sem a correspondente anterioridade, pois criar uma lei, após o cometimento do fato, pretendendo aplicá-la a este, seria totalmente inútil para a segurança que a norma penal deve representar a todos os seus destinatários. O indivíduo somente está protegido contra os abusos do Estado caso possa ter certeza de que as leis penais são aplicáveis para o futuro, a partir de sua criação, não retroagindo para abranger condutas já realizadas; c) *princípio da retroatividade da lei penal benéfica* (ou *princípio da irretroatividade da lei penal*): significa que a lei penal não retroagirá para abranger situações já consolidadas, sob o império de legislação diferenciada. Logo, quando novas leis entram em vigor, devem envolver somente fatos concretizados sob a sua égide. Abre-se ex-

ção à irretroatividade quando ingressamos no campo das leis penais benéficas. Estas podem voltar no tempo para favorecer o agente, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória, com trânsito em julgado (art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, parágrafo único, CP); d) *princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal*: significa que a punição, em matéria penal, não deve ultrapassar da pessoa do delinquente. Trata-se de outra conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado. A família do condenado, por exemplo, não deve ser afetada pelo crime cometido. Por isso, prevê a Constituição, no art. 5.º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Isso não significa que não haja possibilidade de garantir à vítima do delito a indenização civil ou que o Estado não possa confiscar o produto do crime – aliás, o que o próprio art. 5.º, XLV, prevê; e) *princípio da individualização da pena*: quer dizer que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. É o que prevê o art. 5.º, XLVI, da Constituição. Sobre o tema, em maiores detalhes, consultar o nosso trabalho *Individualização da pena*; f) *princípio da humanidade*: significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais

ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: 1) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do Código Penal Militar); 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX). Na realidade, houve, em nosso entendimento, um desvio na redação desse inciso. O que a Constituição proíbe são as penas cruéis (gênero), do qual são espécies as demais (morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento). E faltou, dentre as específicas, descrever as penas de castigos corporais. Logo, a alínea *e* do inciso XLVII do art. 5.º da Constituição Federal é o gênero (penas cruéis); as demais representam as espécies; II – *constitucionais implícitos*: a) *princípio da intervenção mínima* (ou da *subsidiariedade*): quer dizer que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores conseqüências. O direito penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator. Como bem assinala Mercedes García Arán, “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade” (*Fundamentos y*

aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995, p. 36). Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito. Atualmente, somente para exemplificar, determinadas infrações de trânsito possuem punições mais temidas pelos motoristas, diante das elevadas multas e do ganho de pontos no prontuário, que podem levar à perda da carteira de habilitação—tudo isso, sem o devido processo legal—, do que a aplicação de uma multa penal, sensivelmente menor. Enfim, o direito penal deve ser visto como *subsidiário* aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados. Luiz Luisi sustenta que o Estado deve evitar a criação de infrações penais insignificantes, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se torne possível caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para garantir bens essenciais ao homem (cf. *Os princípios constitucionais penais*, p. 26). Não menos correta é a visão de Anabela Miranda Rodrigues ao dizer que, “na verdade, na mais recente definição

de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais”. E continua, firmando entendimento de que “a premissa de base continua a ser a de que o hodierno Estado de direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais. Desta orientação axiológica do sistema constitucional derivaria, pois, um princípio vinculante de política criminal: o direito penal tem por função apenas preservar as condições essenciais a uma pacífica convivência dos indivíduos-cidadãos, só nesta medida logrando, pois, legitimidade a intervenção jurídico-penal” (*A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 268 e 282-283). Ilustrando a questão e demonstrando que o ordenamento jurídico penal brasileiro não prestigia o princípio ora comentado, pode-se encontrar acórdão do STF, debatendo a configuração (ou não) da contravenção penal de perturbação do sossego (art. 42, LCP). A correria e os objetos arremessados ao chão no apartamento onde reside o acusado e seus cinco filhos, menores de dez anos, serviriam para configurar o tipo penal da contravenção? O Pretório Excelso reuniu-se para deliberar que “o bem jurídico tutelado é a paz pública, a tranquilidade da coletividade, não existindo a contravenção quando o fato atinge uma única pessoa” (HC 85.032, 2.ª T., rel. Gilmar Mendes, 17.05.2005). Com a devida vênia, não se trata de questão penalmente relevante, a ponto de mobilizar o Supremo Tribunal Federal, o que evidencia estar

o ordenamento jurídico penal totalmente defasado em relação ao que se espera de um “direito penal mínimo”; b) *princípio da fragmentariedade*: significa que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico. *Fragmento* é apenas a parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como *fragmentário*, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual. O mais deve ser resolvido pelos outros ramos do direito, através de indenizações civis ou punições administrativas. Não deixa de ser um corolário do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade do direito penal. Pode-se, ainda, falar em fragmentariedade de 1.º grau e de 2.º grau. A primeira refere-se à forma consumada do delito, ou seja, quando o bem jurídico precisa ser protegido na sua integralidade. A segunda cinge-se à tentativa, pois se protege o risco de perda ou de lesão, bem como a lesão parcial do bem jurídico (cf. José de Faria Costa, *Tentativa e dolo eventual*, p. 21-22); c) *princípio da culpabilidade*: quer dizer que ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não deve ser objetiva, mas subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de uma conquista do direito penal moderno, voltado à idéia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos. Além disso, o próprio Código Penal estabelece que somente há crime quando estiver presente o dolo ou a culpa (art. 18). Note-se, ainda, a redação do parágrafo único desse artigo: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pra-

tica dolosamente”. Assim, a regra adotada é buscar, para fundamentar e legitimar a punição, na esfera penal, o dolo do agente. Não o encontrando, deve-se procurar a culpa, desde que expressamente prevista, como alternativa, no tipo penal incriminador. Em hipóteses extremadas, devidamente previstas em lei, pode-se adotar a responsabilidade penal objetiva, fundada em ato voluntário do agente, mas sem que, no momento da prática da conduta criminosa, estejam presentes o dolo ou a culpa, como ocorre com a embriaguez voluntária (art. 28, II, CP). Para mais detalhes, consultar a nota 17 ao art. 28. O princípio é expresso no Código Penal (art. 18), mas implícito na Constituição, onde encontra respaldo na busca por um direito penal de intervenção mínima, com fulcro na meta estatal geral de preservação da dignidade da pessoa humana. Na ótica de Jescheck, o princípio da culpabilidade serve, de um lado, para conferir a necessária proteção do indivíduo em face de eventual excesso repressivo do Estado, fazendo com que a pena, por outro, circunscreva-se às condutas merecedoras de um juízo de desvalor ético-social (cf. *Tratado de derecho penal – Parte general*, p. 25-26); d) *princípio da taxatividade*: significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos vagos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os tipos taxativos – limitativos, restritivos, precisos – e de nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal. Este é um princípio decorrente, nitidamente, da legalidade, logo, é constitucional implícito. Ensina Luiz Luisi que “o postulado

em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensinar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme” (cf. *Os princípios constitucionais penais*, p. 18); e) *princípio da proporcionalidade*: quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio com pena de multa. A Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra a proporcionalidade de maneira implícita, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento. Fixa o art. 5.º, XLVI, as seguintes penas: 1) privação ou restrição da liberdade; 2) perda de bens; 3) multa; 4) prestação social alternativa; 5) suspensão ou interdição de direitos. No dizer de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “a circunstância de o princípio da proporcionalidade não estar expresso na Constituição brasileira não impede que seja reconhecido em vigor também aqui, invocando o disposto no § 2.º do art. 5.º” (*O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 63); f) *princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato*: significa que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal

(*ne bis in idem*). Tal garantia está prevista implicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º, 4). Se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico não ser admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito. Ver a nota 92 ao art. 8.º.

1-G. Dignidade da pessoa humana:

há alguns autores, no Brasil, que sustentam a existência do princípio penal da dignidade da pessoa humana, afirmando ser o regente dos demais e concluindo que toda lei que violar a *dignidade da pessoa humana* seria inconstitucional. Embora seja nítida a carência de uma definição do que venha a ser tal princípio, especialmente à luz do direito penal, bem como ainda que se possam reconhecer os bons sentimentos e propósitos daqueles que assim pensam, não podemos aquiescer que se trate de um princípio penal. A dignidade da pessoa humana, ou seja, o respeito devido pelo Estado ao ser humano, individualmente considerado, não podendo ser sacrificado em nome do interesse coletivo (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 19), é uma meta geral, abrangendo toda a face do Estado Brasileiro e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, Celso Bastos e Ives Gandra Martins dizem que a “referência à dignidade da pessoa humana parece conglomerar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais, clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social. (...) Portanto, o que ele está a indicar é que é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas” (cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, p. 425). Ora, daí torna-se fácil observar que a dignidade da pessoa humana é uma meta a ser atingida pelo Estado e pela sociedade brasileira, nada tendo a ver com um princípio penal específico. Quem pratica homicídio, por exemplo,

merecendo punição, ofendeu a dignidade da pessoa humana. Logo, todas as normas penais estão, em conjunto, protegendo o respeito ao ser humano e seus valores fundamentais. Não se trata de um princípio penal, mas tão-somente de um *fundamento* do Estado Democrático de Direito.

1-H. Lesividade (ou ofensividade) como princípio de direito penal: há quem sustente a existência autônoma do princípio da lesividade (ou da ofensividade), alegando que somente podem ser criados tipos penais incriminadores capazes de ofender um bem jurídico alheio, devidamente tutelado. Em outras palavras, não se poderia aceitar a incriminação de uma conduta não lesiva – ou provocadora de ínfima lesão – a bem jurídico determinado. Fundam-se os autores em direitos constitucionais como *intimidade, liberdade, vida privada* etc. (por todos, cf. Paulo Queiroz, *Direito penal – Parte geral*, p. 46-47). Permitimo-nos discordar. Não deixamos de aceitar o ponto de vista de que o direito penal deve se ocupar de condutas graves, ofensivas a bens jurídicos relevantes, evitando-se a intromissão excessiva na vida privada de cada um, cerceando em demasia a liberdade alheia e expondo ao ridículo, muitas vezes, o ser humano, buscando puni-lo por fatos nitidamente irrelevantes aos olhos da imensa maioria da sociedade. Não se trataria de um direito penal típico do Estado Democrático de Direito, mas de um Estado totalitário e intervencionista. Porém, não vemos o nomeado princípio da lesividade como algo autônomo, com vida própria, distinto, pois, do princípio da intervenção mínima. Afinal, em homenagem à *ultima ratio*, deixa-se ao direito penal o âmbito da tipificação das condutas mais sérias, efetivamente lesivas a interesses relevantes. Punir pensamentos, por exemplo, seria o ápice da invasão de privacidade do indivíduo. Ofenderia o denominado princípio da lesividade?

Na realidade, atacaria a *intervenção mínima*. O Estado deve respeitar a esfera íntima do cidadão. Quando defendemos em nossa obra *Leis penais e processuais penais comentadas* a inconstitucionalidade da contravenção penal da *vadiagem* (art. 59 da Lei de Contravenções Penais), conforme expusemos na nota 318 ao referido art. 59, baseamo-nos no princípio da intervenção mínima, associado ao caráter discriminatório do tipo penal. O mesmo se diga à contravenção da *mendicância* (art. 60 da mesma Lei). Ora, pode-se argumentar, igualmente, que não há bem jurídico relevante a ser atacado por qualquer dessas contravenções. São condutas, na essência, inofensivas à ordem pública e à sociedade. Sob outro prisma, quando defendemos o princípio da insignificância, como causa de exclusão da tipicidade (nota 27-B ao art. 14), fundamo-nos, também, na intervenção mínima e, por via de consequência, na falta de ofensividade a qualquer bem jurídico de relevo, ao menos a ser protegido penalmente. Defendemos, portanto, que a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o direito penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrasta a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade. Há enorme desproporção. Porém, a ofensividade é um nítido apêndice da intervenção mínima ou subsidiariedade do Direito Penal Democrático. Não necessita ser considerado à parte, como princípio autônomo, pois lhe falece força e intensidade para desvincular-se do principal, nem existem requisitos próprios que o afastem da idéia fundamental de utilizar a norma penal incriminadora como última cartada para solucionar ou compor conflitos emergentes em sociedade. Em suma, a ofensividade é uma consequência do respeito à intervenção mínima.

Princípios de Direito Penal

D) Constitucionais penais (explícitos)	1. Concernentes à aplicação da lei penal	1.1 Legalidade (ou reserva legal) – art. 5.º, XXXIX, CF; art. 1.º, CP 1.2 Anterioridade – art. 5.º, XXXIX, CF; art. 1.º, CP 1.3 Retroatividade da lei penal benéfica (ou irretroatividade da lei penal) – art. 5.º, XL, CF; art. 2.º, CP.
	2. Concernentes à aplicação da pena	2.1 Personalidade (ou responsabilidade penal) – art. 5.º, XLV, CF 2.2 Individualização da pena – art. 5.º, XLVI, <i>caput</i> , 1.ª parte, CF 2.3 Humanidade – art. 5.º, XLVII, CF
II) Constitucionais penais (implícitos)	1. Concernentes à teoria do crime	1.1 Intervenção mínima (ou subsidiariedade) – arts. 1.º, III; 3.º, I e IV; 4.º, II; e 5.º, <i>caput</i> , CF. 1.2 Fragmentariedade (conectado à intervenção mínima) – mesma base constitucional do item 1.1 deste tópico II. 1.3 Culpabilidade (conectado à intervenção mínima) – mesma base constitucional do item 1.1 deste tópico II. 1.4 Taxatividade (conectado à legalidade) – art. 5.º, XXXIX, CF. 1.5 Proporcionalidade – art. 5.º, XLVI, <i>caput</i> , 2.ª parte, “a” a “e”, CF. 1.6 Vedação da dupla punição pelo mesmo fato – art. 5.º, § 2.º, CF; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º, n. 4).

Notas relevantes:

- Dignidade da pessoa humana: é princípio geral de direito, próprio do Estado Democrático de Direito, não se tratando, portanto, de princípio penal exclusivo e específico (nota 1-G ao art. 1.º, Tit. I, CP)
- Lesividade (ou ofensividade): é decorrência lógica e natural da aplicação da intervenção mínima (nota 1-H ao art. 1.º, Tit. I, do CP)
- Princípios da adequação social e da insignificância: são considerados excludentes supralais de tipicidade (nota 27-B, art. 14) e constituem reflexos positivos da aplicação do princípio da intervenção mínima.

2. Conceito de anterioridade: significa que é obrigatória a *prévia* existência de lei penal incriminadora para que alguém possa ser por um fato condenado, exigindo, também, *prévia* cominação de sanção para que alguém possa sofrê-la. Por outro lado, cumpre esclarecer que, apesar de a rubrica do art. 1.º mencionar apenas a *anterioridade* da lei penal, espelha, ainda, o princípio da legalidade ou da reserva legal, como se verá a seguir.

3. Extensão da palavra crime: por força da tradição do princípio, vem-se usando a palavra *crime* em vez de *infração penal*, que seria o gênero, da qual são extraídas as espécies *crime* e *contravenção penal*. Entretanto, é posição tranqüila a leitura extensiva do conceito de crime para abranger também a contravenção, submetida igualmente aos princípios da reserva legal e da anterioridade.

4. Conceito de legalidade: há três significados: a) político (garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais; b) jurídico em sentido lato (ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5.º, II, CF); c) jurídico em sentido estrito ou penal (fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras). Neste último prisma, é também conhecido como princípio da reserva legal, ou seja, os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do Legislativo, de acordo com o processo previsto na Constituição Federal. Há, ainda, o que se chama de reserva legal qualificada, que é a reserva de lei, dependendo das especificações feitas pela Constituição Federal. Assim, não basta editar uma lei para disciplinar determinado assunto, sendo imprescindível que se respeite o âmbito estabelecido pelo constituinte. Exemplos: a) para violar o

sigilo das comunicações telefônicas é necessária a edição de uma lei, que está limitada aos *fins de investigação criminal ou instrução processual penal* (art. 5.º, XII, CF); b) “com efeito, o próprio parágrafo 1.º, do mesmo artigo 220 [da CF], autoriza o legislador a disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Trata-se, verdadeiramente, de uma *reserva legal qualificada*, que permite o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral” (cf. Antonio Henrique Graciano Suxberger, *Responsabilidade penal sucessiva nos crimes de imprensa*, p. 37). A raiz histórica do princípio da legalidade – *a lei que ouve antes de condenar*, como ensina Webster – está na Magna Carta de 1215 (“Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra”). A expressão original – *by the law of the land* – foi modificada em edição posterior da Magna Carta para *due process of law* (devido processo legal). A garantia tinha por finalidade evitar que alguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade singular do soberano, obrigando que os magistrados aplicassem, efetivamente, as leis consuetudinárias à época consagradas pela comunidade. A formulação propriamente dita do princípio da legalidade coube a Beccaria, em sua festejada obra *Dos delitos e das penas*, com influência de Montesquieu e Rousseau. Por outro lado, a construção do preceito latino *nullum crimen, nulla poena sine previa lege* deveu-se a Feuerbach (Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español – Parte general*, v. 1, p. 163; Jiménez de Asúa, *Lecciones de derecho penal*, p. 14 e 57). É a consagração

da *tipicidade* (adequação dos fatos concretos ao modelo legal previsto na norma penal), que é a elaboração científica do princípio no contexto do direito penal.

4-A. Diferença entre mera legalidade e estrita legalidade: a primeira é uma “norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”; a segunda designa “a reserva absoluta de lei, que é uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais” (Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 31). Não se pode, na atualidade, contentar-se com a *mera legalidade*, pois nem todo tipo penal construído pelo legislador obedece, como deveria, ao princípio da taxatividade. O ideal é sustentar a *estrita legalidade*, ou seja, um crime deve estar descrito em lei, mas *bem detalhado* (taxativo), de modo a não provocar dúvidas e questionamentos intransponíveis, bem como sendo possível visualizar uma ofensa a bem jurídico tutelado, agindo o autor com dolo ou culpa.

5. Legalidade material e legalidade formal: denomina-se *legalidade material* ou *substancial* o princípio vinculado ao conceito material de crime, ao passo que *legalidade formal* está ligado ao conceito formal de delito. Vale, pois, defini-los: *materialmente*, crime é, nas palavras de Bettiol, “todo fato humano lesivo de um interesse que possa comprometer as condições de existência, conservação e progresso da sociedade” (*apud* José Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 23). Trata-se de um conceito muito aberto de delito, de forma que, sendo aceito, poderiam ser punidas todas as condutas perigosas, mesmo que não estivessem expressamente previstas em lei. Por isso, a legalidade substancial ou material não é a melhor garantia ao indivíduo. Ensina Paulo José da Costa Júnior

que tal princípio é adotado em nome da chamada “defesa social” (*Comentários ao Código Penal*, p. 1), ou seja, ele mais vale à sociedade do que ao cidadão. *Formalmente*, crime é toda conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, prevista em lei, sob ameaça de pena. Trata-se, sem dúvida, de um conceito mais seguro ao indivíduo, pois o Estado não poderá considerar delito a conduta que bem entender, mas somente a que estiver tipificada. E *tipicidade* é a redução a categorias jurídicas do princípio maior da legalidade. Na lição de Miguel Reale Júnior, trata-se da “elaboração científica e técnica do princípio ‘nullum crimen sine lege’, exercendo de forma mais segura a função de garantia” (*Parte Geral do Código Penal (Nova interpretação)*, p. 20-21), ou seja, devidamente descritas em lei. Adota-se, no Brasil, o princípio da legalidade formal, conforme demonstra o art. 1.º do Código Penal.

6. Alcance dos princípios da legalidade e da anterioridade: é fundamental que a lei penal incriminadora seja editada antes da ocorrência do fato. Enquanto a Parte Geral do Código Penal prevê o princípio geral (legalidade e anterioridade), a Parte Especial, através dos tipos penais, concretiza o direito penal liberal. Nas palavras de Baumann, “a parte especial do Código Penal se converte em uma ‘Carta Magna do delinquente’ (Von Liszt) unicamente quando se proíbe ao legislador a criação de um direito penal retroativo e ao juiz sua aplicação” (*Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema [introducción a la sistemática sobre la base de casos]*, p. 74).

7. Eficácia dos princípios da legalidade e da anterioridade: para verificar a eficácia dos princípios, primeiramente convém mencionar o conceito de tipo penal, que significa *modelo legal de conduta*.

No prisma mais interessante para o direito penal, encontra-se o tipo penal incriminador, que estabelece o modelo de conduta proibida (ex.: “matar alguém” é o modelo de conduta vedada pelo ordenamento jurídico penal, intitulado “homicídio”, que visa à proteção do bem jurídico “vida”). A definição legal da infração penal há de ser feita de forma clara e inteligível, para não gerar tipos *abertos demais*, causando o esvaziamento do princípio da reserva legal. O tipo *aberto* é aquele que depende da interpretação do juiz para ser integralmente compreendido e aplicado. Levando-se em consideração que o direito penal veda o uso da analogia (processo de integração da lei, que atua através de um método de semelhança, quando houver lacuna) para criar tipos penais incriminadores, é preciso evitar a elaboração de definições legais de crimes que sejam tão vagas, quanto inseguras. Exemplo disso seria a elaboração de um tipo penal enunciando como crime “agir perigosamente contra os interesses da sociedade”. Qualquer conduta, conforme critérios imponderáveis do juiz, poderia encaixar-se nesse preceito, ferindo, obviamente, o princípio da legalidade. Por oportuno, deve-se mencionar a existência dos *tipos fechados* (aqueles que contêm apenas elementos descritivos, prescindindo da valoração cultural do magistrado, como o homicídio – art. 121, CP, supracitado) e dos *tipos abertos* (os que contêm elementos normativos ou subjetivos, merecedores de valoração pelo aplicador da lei, como a *exposição ou abandono de recém-nascido* – art. 134, CP –, que menciona o elemento “desonra”, para apontar a motivação da mãe ao largar seu filho, que é de complexa interpretação, variando conforme o lugar e a época). Ambos são igualmente importantes (fechados e abertos), embora o que se esteja defendendo é a impossibilidade de criação de tipos penais incriminadores

que transcendam o mínimo de segurança exigido pelo texto constitucional e pelo próprio art. 1.º do Código Penal, isto é, uma definição minimamente segura e detectável pelo intérprete. Ver, ainda, a respeito do tema a próxima nota.

8. Eficiência da legalidade como garantia humana fundamental: a legalidade, no campo penal, não pode ser uma garantia meramente formal, sendo insuficiente apenas a existência de uma lei anterior à conduta. Torna-se indispensável que a elaboração do tipo penal – modelo legal de conduta proibida – seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso (cf. Luiz Vicente Cernicchiaro, *Direito penal na Constituição*, p. 18). A preceituação genérica fere o princípio da legalidade. Reportemo-nos ao art. 6.º do Código Penal soviético de 1926: “Reputa-se perigosa toda ação ou omissão dirigida contra a estrutura do Estado soviético, ou que lese a ordem jurídica criada pelo regime dos trabalhadores e camponeses para a época de transição à organização social comunista...”. Trata-se de um tipo extremamente aberto, com foco voltado à periculosidade da conduta, numa avaliação que era, com certeza, política. Portanto, mesmo que existente a lei, o princípio da legalidade estaria sendo apenas uma formalidade, pois qualquer ação ou omissão que o Estado desejasse considerar “perigosa”, diante de um modelo tão aberto, poderia fazê-lo. A União Soviética, na prática, terminou negando eficácia ao princípio da reserva legal, como adverte Basileu Garcia (cf. *Instituições de direito penal*, v. 1, t. 1, p. 150-151). Battaglini sempre considerou condenável colocar no Código Penal incriminações de alcance latíssimo, com a finalidade de cobrir, o mais possível, eventuais lacunas. Essa providência, que dá margem aos tipos exageradamente abertos, ofende a legalidade. Aliás, mesmo no direi-

to anglo-americano, baseado no sistema do direito consuetudinário, portanto, não vinculado perfeitamente ao princípio da legalidade, já existem vários precedentes judiciais declarando inconstitucionais as regras de direito penal que permitem a elaboração de normas penais genéricas e imprecisas. O direito brasileiro não deixa de ter seus exemplos. Como bem ressaltado por Luiz Vicente Cernicchiaro, “nesse contexto, sem dúvida, de duvidosa harmonia com a Constituição da República, a Lei 4.898/65. Literalmente, estatui o art. 3.º: Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; b) à inviolabilidade do domicílio... No tocante à alínea ‘b’, e as mesmas considerações são pertinentes às demais alíneas, o conceito de ‘inviolabilidade do domicílio’ é ilimitadamente genérico, permitindo incluir fatos sem a necessária especificação” (ob. cit., p. 19). Ora, o mesmo se pode dizer do atentado à liberdade de locomoção. Trata-se de preceito muito genérico, que pode dar margem a interpretações indevidas. Comentando o dispositivo, ensinam Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas que “todo cidadão tem o direito de se locomover para onde bem entender, desde que respeite o direito dos demais cidadãos e as normas legais vigentes” (*Abuso de autoridade*, p. 26). Justamente por não ser específico, ora os Tribunais estão desconsiderando como abuso de autoridade as chamadas *prisões para averiguação*, ora estão punindo. Do exposto, deduz-se que as descrições genéricas de tipos penais podem ser mais perigosas do que a analogia, pois esta pelo menos tem um parâmetro de semelhança com outra conduta certa. Preleciona Frederico Marques que, “no Direito Penal, a analogia não pode ser aplicada para criar-se figura delitiva não prevista expressamente, ou sanção penal que o legislador não haja estatuído. O princípio da reserva impede

que figuras típicas sejam elaboradas pelo processo analógico”. Ainda assim, mencionando que a Dinamarca é um país cuja legislação adota a analogia em matéria penal, lembra o ensinamento de Stephan Hurwitz, da Universidade de Copenhague, dizendo ser mais seguro ao indivíduo a aplicação da analogia do que a formulação vaga e imprecisa de determinados tipos penais (cf. *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 227). É evidente que, para a elaboração de um tipo penal, o legislador precisa operar com certa liberdade, reservando ao juiz a tarefa de interpretar e complementar o conteúdo do tipo incriminador. Por isso, é possível existir *tipos abertos*, tais como os de aborto (arts. 124 a 127) e de rixa (art. 137), que precisam da interpretação do aplicador da lei para serem aplicados. Isto não significa que se deva privilegiar a criação de tipos muito vagos, pois, quanto mais específicos eles puderem ser, melhor para o direito penal e para o indivíduo. Assim, para assegurar a eficácia do princípio da legalidade é preciso manter o equilíbrio e o meio-termo: nem analogia, nem tipos extremamente vagos e genéricos. Em ambos os casos, estar-se-ia preterindo a aplicação do preceito constitucional da reserva legal.

9. Utilização da interpretação extensiva, interpretação analógica e analogia em direito penal: a interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas. Por isso, é admitida em direito penal, tanto a extensiva, quanto a analógica. A extensiva é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de se atender à real finalidade do texto. A analógica é o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através do método de semelhança. Como exemplos de interpre-

tação extensiva encontrados no Código Penal, podem ser citados os seguintes: a) art. 172 (duplicata simulada), que preceitua ser crime “emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado”. Ora, é natural supor que a emissão de duplicata quando o comerciante não efetuou venda alguma também é crime, pois seria logicamente inconsistente punir quem emite o documento em desacordo com a venda efetiva realizada, mas não quando faz o mesmo sem nada ter comercializado. Assim, onde se lê, no tipo penal, “venda que não corresponda à mercadoria vendida”, leia-se ainda “venda inexistente”; b) no caso do art. 176 (outras fraudes), pune-se a conduta de quem “tomar refeição em restaurante (...) sem dispor de recursos para efetuar o pagamento”, ampliando-se o conteúdo do termo “restaurante” para abranger, também, boates, bares, pensões, entre outros estabelecimentos similares. Evita-se, com isso, que o sujeito faça uma refeição em uma pensão, sem dispor de recursos para pagar, sendo punido por estelionato, cuja pena é mais elevada; c) na hipótese do art. 235 (bigamia), até mesmo pela rubrica do crime, percebe-se ser delituosa a conduta de quem se casa duas vezes. Valendo-se da interpretação extensiva, por uma questão lógica, pune-se, ainda, aquele que se casa várias vezes (poligamia); d) o furto torna-se qualificado, com pena de reclusão de três a oito anos, caso a subtração seja de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (art. 155, § 5.º). Não se mencionou o Distrito Federal, porém é ele equiparado, constitucionalmente, aos Estados-membros, em virtude de várias finalidades (arts. 32 e 34, CF). Por isso, levar o veículo de um Estado-membro ao Distrito Federal também é suficiente para caracterizar o furto qualifica-

do (ver a nota 39 ao art. 155, § 5.º). Nas hipóteses mencionadas nas letras *a*, *c* e *d*, a interpretação extensiva pode prejudicar o réu, enquanto na situação descrita na letra *b* pode beneficiá-lo. No caso da interpretação analógica, confira-se o disposto no art. 121, § 2.º, III. Qualifica-se o homicídio quando o agente cometer o crime “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” (grifamos), verificando-se, pois, que, dadas as amostras pelo tipo, permite-se que o intérprete vá buscar outros meios similares aos primeiros, igualmente configuradores de insídia, crueldade ou perigo comum. A adoção das interpretações extensiva e analógica é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Por todos, pode-se citar a lição de Jiménez de Asúa, afirmando que o meio literal e o teleológico podem levar a um resultado harmônico e conclusivo na interpretação das leis penais, seja ele *restritivo* ou *extensivo*, posto que, assim fazendo, consegue-se captar a vontade da lei. Somente quando houver dúvida na interpretação prevalece o critério restritivo para não prejudicar o réu e extensivo quando lhe for favorável (cf. *Lecciones de derecho penal*, p. 73). A analogia, por sua vez, é um processo de auto-integração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe. Nesse caso, não se admite a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu. Nem todas as vozes são contrárias ao emprego em geral da analogia no direito penal. Confira-se a lição de Carnelutti: “Considero que a proibição da analogia na aplicação das leis penais é outra superstição da qual devemos nos livrar. Nisso não se deve enxergar uma consequência do princípio da certeza jurídica, senão uma desconfiança com relação ao juiz, a qual, se tem razões históricas bastante conhecidas, carece de todo funda-

mento prático” (*El problema de la pena*, p. 74, traduzi). Por outro lado, somente em caráter excepcional a analogia *in bonam partem* (para beneficiar) deve ser utilizada em favor do réu. Exemplo da primeira (*in malam partem*) seria a construção do tipo penal de *estupro praticado por mulher contra homem*, por semelhança à situação inversa prevista no art. 213. Outra ilustração, extraída de caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à chamada *cola eletrônica*, utilizada por determinados vestibulandos: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou denúncia apresentada contra Deputado Federal, em razão de ter despendido quantia em dinheiro na tentativa de obter, por intermédio de cola eletrônica, a aprovação de sua filha e amigos dela no vestibular de universidade federal, conduta essa tipificada pelo Ministério Público Federal como crime de estelionato (CP, art. 171), e posteriormente alterada para falsidade ideológica (CP, art. 299) – v. *Informativos* 306, 395 e 448. Entendeu-se que o fato narrado não constituiria crime ante a ausência das elementares objetivas do tipo, porquanto, na espécie, a fraude não estaria na veracidade do conteúdo do documento, mas sim na utilização de terceiros na formulação das respostas aos quesitos. Saliou-se, ainda, que, apesar de seu grau de reprovação social, tal conduta não se enquadraria nos tipos penais em vigor, em face do princípio da reserva legal e da proibição de aplicação da analogia *in malam partem*. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que recebiam a denúncia (Inq. 1145/PB, Pleno, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 19.12.2006, m. v.)”. Exemplo da segunda situação (*in bonam partem*) é a aceitação do aborto da mulher que tenha engravidado, vítima de atentado violento

ao pudor, uma vez que a lei somente autoriza o ato quando a gravidez for originária de estupro (art. 128, II, CP). Por derradeiro, cumpre destacar que até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é a regra, e não a exceção. Daí por que não pode o magistrado disseminar o uso da analogia para absolver o réu, pois isso colocaria em risco a segurança idealizada pelo direito penal. Não é demais citar a lição de Hungria a esse respeito: “Os preceitos sobre causas discriminantes, excludentes ou atenuantes de culpabilidade ou de pena, ou extintivas de punibilidade, constituem *jus singulare* em relação aos preceitos incriminadores ou sancionadores, e, assim, não admitem extensão além dos casos taxativamente enumerados” (*Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. I, p. 92). Em posição contrária, confira-se Nereu José Giacomolli, contestando a utilização de tipos abertos, normas penais em branco, interpretação extensiva e analógica: “A defesa de um direito penal com tipos abertos, difusos, indeterminados, ou com normas penais dependentes de uma normatividade integradora (normas penais em branco), ou de um regramento judicial, são características de um Direito Penal autoritário e demasiadamente repressivo, inadmissível no atual estado de desenvolvimento da civilização. (...) A exclusão das interpretações analógica, criativa ou extensiva, prejudiciais ao imputado, determinada pela reserva legal, se aplica tanto na concretude das normas criminais contidas na parte geral do Código Penal quanto nas especiais e nas extravagantes. É um imperativo da incidência da *lex stricta* a respeito da responsabilidade criminal, que engloba a descrição típica, a sanção e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena” (*Função garantista do princípio da legalidade*, p. 483-485).

10. Aplicação do dispositivo para pena e medida de segurança: a medida de segurança não é pena, mas não deixa de ser uma espécie de sanção penal, aplicável aos inimputáveis ou semi-imputáveis, que praticam fatos típicos e ilícitos (*injustos*) e precisam ser internados ou submetidos a tratamento. Trata-se, pois, de medida de defesa social, embora se possa ver nesse instrumento uma medida terapêutica ou pedagógica destinada a quem é doente. Entretanto, ontologicamente, nas palavras de Magalhães Noronha, não há distinção alguma entre pena e medida de segurança (*Direito penal*, p. 312). Em suma, quando se trata de privar a liberdade de alguém, é preciso respeitar o princípio da legalidade. Torna-se importante, ainda, mencionar a lição de Pierangeli e Zaffaroni: “*Salvo o caso dos inimputáveis*, sempre que se tira a liberdade do homem por um fato por ele praticado, o que existe é uma pena, porque toda privação da liberdade tem um conteúdo penoso para quem a sofre. O nome que se lhe dê não tem significação, porque não é possível destruir todo o sistema de garantias trabalhado pelo Direito, na sua longa história de lutas pela liberdade humana, só com uma e outra denominações dadas a uma categoria de penas. Não é possível fazer-se aqui uma crítica geral à categoria das medidas de segurança, mas o que acabamos de afirmar constitui uma crítica sintetizada a respeito” (*Da tentativa*, p. 29). O antigo art. 75 do Código Penal dispunha que “as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução”. Ora, revogado que foi pela Reforma Penal de 1984, é natural ficarem, agora, as medidas de segurança sujeitas ao princípio da legalidade. Portanto, além das opiniões já mencionadas de Noronha, Pierangeli e Zaffaroni, com as quais concordamos, posiciona-se pela sua submissão à

reserva legal e ao princípio da anterioridade ampla parcela da doutrina nacional: Julio Fabbrini Mirabete, Alberto Silva Franco, Paulo José da Costa Júnior, Celso Delmanto e Heleno Cláudio Fragoso. Em sentido contrário, admitindo a aplicação imediata da medida de segurança: Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro e Feu Rosa. Convém mencionar a posição de Lyscurgo de Castro Santos: “A aplicação retroativa das medidas de segurança não importa um menoscabo do princípio de legalidade por dois motivos: 1.º a aplicação de uma nova medida pressupõe que ela é mais eficaz que a anterior a fim de diminuir ou eliminar a probabilidade de que o indivíduo cometerá no futuro outros delitos (retroatividade em benefício do réu); 2.º aplica-se, conforme os juízos sucessivos, uma consequência legal – a nova medida de segurança – existente no momento em que se comprova a periculosidade do agente: o que permite a aplicação da medida não é o fato criminoso, que opera como simples garantia, senão o estado perigoso do agente (aspecto subjetivo)” (*O princípio de legalidade no moderno direito penal*, p. 197). Melhor teria sido, no entanto, a Constituição ter deixado bem clara essa aplicação, nos moldes empreendidos pela Constituição portuguesa (art. 29, 1).

11. Fontes do direito penal: dividem-se em: a) *materiais*, as que propiciam a criação das normas penais. Consubstanciam-se na figura do Estado, através da União; b) *formais*, as que permitem o conhecimento e a exteriorização das normas penais. Quanto às materiais, preceitua o art. 22, I, da Constituição Federal: “Compete *privativamente* à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, *penal*, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (grifamos). Aliás, nesse sentido, confira-se a recente Súmula 722 do STF: “São da competência legislativa da União a

definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento”. Excepcionalmente, prevê o art. 22, parágrafo único, da CF, que “lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”. Portanto, visando à regionalização de determinadas questões penais, seria admissível que a União autorizasse o Estado a construir um tipo penal incriminador, prevendo delito peculiar a certa parte do País. Embora não se tenha notícia dessa prática, a verdade é que o Estado jamais poderia legislar em matéria de Direito Penal Fundamental (normas inseridas na Parte Geral do Código Penal, que devem ter alcance nacional, a fim de manter a integridade do sistema), nem tampouco poderia compor normas que contrariassem, de qualquer modo, a legislação federal. Assim, a atividade legislativa do Estado, em matéria penal, ocuparia eventual lacuna existente nas normas federais. Quanto às formais, dividem-se em imediatas, que são as leis em sentido estrito, criadoras e revogadoras de normas penais, e mediatas, que são os costumes e os princípios gerais de direito, auxiliares do processo de interpretação e aplicação da lei penal. Assim, somente a lei, em sentido estrito, pode fixar crimes. Conceitua-se lei (formal ou em sentido estrito) como a “manifestação da vontade coletiva expressada através dos órgãos constitucionais” (cf. Asúa, *Lecciones de derecho penal*, p. 54). Portanto, somente o Poder Legislativo Federal, como regra, pode fazer nascer uma lei penal. Analisemos outras espécies normativas: a) emenda à Constituição: não pode restringir os direitos e as garantias individuais (art. 60, § 4.º, CF), de forma que não pode tocar no princípio da legalidade. Em tese, porque é fruto do Poder Constituinte Derivado ou Reformador, pode criar lei penal, já que nada veda expressamente. Entretanto, não é tradicional, nem

cabível ocupar-se disso; b) lei complementar: pode legislar sobre matéria penal, porque tem processo legislativo mais complexo do que a lei ordinária. Como exemplo de norma penal incriminadora editada por lei complementar, confira-se o art. 10 da Lei Complementar 105/2001: “A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar”. Em sentido contrário, convém mencionar a posição de Cernicchiaro. Sustenta que o rol da lei complementar é exaustivo na Constituição, não incluindo nenhuma hipótese de criação de lei penal, além do que é exigido quórum qualificado para elaborar uma lei complementar, o que iria engessar o Congresso Nacional a modificar a lei penal que fosse criada pelo processo qualificado (cf. *Direito penal na Constituição*, p. 46-47); c) leis delegadas: são as normas elaboradas pelo Presidente da República por delegação do Congresso Nacional (art. 68, CF). Não podem ser utilizadas para criar lei penal, pelas seguintes razões: c.1) no inciso II do § 1.º do art. 68 consta a vedação para a delegação em matéria de *direitos individuais*. Estando o princípio da legalidade previsto no art. 5.º da Constituição, é natural que se trata de direito fundamental, alheio, portanto, à lei delegada; c.2) o processo legislativo praticamente deixa de existir, não sendo permitido o trâmite pelas duas Casas do Congresso, nem a apresentação de emendas; d) medida provisória: é norma jurídica, ou seja, lei em sentido material ou em sentido amplo, mas não em sentido formal ou estrito, de modo que não pode criar lei penal. Havia quem

sustentasse ser possível a medida provisória criar lei penal, pois a Constituição, no art. 62, dizia somente que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei (...)”. Por outro lado, o antigo decreto-lei, que foi substituído pela medida provisória, em 1988, era aceito pelo Supremo Tribunal Federal para tal finalidade. Logo, a medida provisória também poderia, em tese, criar lei penal. A maioria dos penalistas, no entanto, sempre foi contrária à hipótese. O princípio da reserva legal, previsto no art. 5.º, fala em *lei*, não se podendo incluir nesse conceito a medida provisória. Além disso, a medida é ato de vontade exclusivo do Presidente da República, não nascendo da participação dos representantes do povo. De outra parte, seria irreparável o dano, caso alguém fosse preso, em razão de uma medida provisória criadora de lei penal, posteriormente revogada pelo Congresso Nacional. Finalmente, não existem razões de urgência e relevância que possam justificar a elaboração de leis penais por obra restrita do chefe do Executivo. O Supremo Tribunal Federal não chegou a se pronunciar, até hoje, sobre a possibilidade de se editarem leis penais por medida provisória. Há casos, no entanto, de leis penais criadas por tal via: Lei 7.960/89 (prisão temporária) e Lei 7.679/88 (proibição de pesca por explosivo). Convém ressaltar, por derradeiro, que havia maior aceitação doutrinária quanto à criação de lei penal *não incriminadora*, por intermédio de medida provisória, vedando-se, apenas, a produção de tipos penais incriminadores. Nosso pensamento sempre foi adverso. O direito penal não é matéria urgente que justifique a edição de normas por ato do Presidente da República, ainda que seja futuramente submetido ao Congresso Nacional, podendo transformar-se em lei. Não teria o menor sentido criar-se uma causa excludente de punibilidade, por exemplo,

através de medida provisória – beneficiando vários condenados e réus por todo o País –, para, depois, não ser aprovada pelo Poder Legislativo, anulando seus efeitos *ex tunc*. Os beneficiados pela medida retornariam ao cárcere? Os processos seriam reabertos? Seria a consagração do caos. É fundamental mencionar as palavras de Osvaldo Palotti Júnior: “Medida provisória não pode cuidar de crime e pena em nenhum aspecto. Não apenas quando cria figuras típicas novas (*novatio criminis*), ou quando torna mais severa norma já existente (*novatio legis in pejus*). Tudo o que diga respeito a Direito Penal está fora do alcance desse ato legislativo do Presidente da República. O vício de invalidade que contamina o preceito em comento não poderia ser sanado nem mesmo se a medida provisória que o contém viesse a ser convertida em lei. Somente a matéria compatível com a medida provisória é que pode, examinada pelo Congresso Nacional, transformar-se em lei. Não aquela, repita-se, que escapa do âmbito temático dessa providência unipessoal do Presidente da República” (*Aspectos principais do princípio da legalidade em direito penal*, p. 91). Atualmente, a questão foi definitivamente resolvida pela promulgação da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou a redação do art. 62 da Constituição Federal, acrescentando-lhe o § 1.º, nos seguintes termos: “É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil”.

12. Características da lei penal: a lei, fonte única do direito penal, tem as seguintes características: a) é exclusiva, isto é, somente ela pode criar delitos, fixando as penas; b) é obrigatória, fazendo com que todos os seus destinatários a acatem, sejam os órgãos do Estado, seja o povo; c) é inafastável, somente sendo revogada por outra lei; d) é igualitária,

prevendo aplicação idêntica a todos os seus destinatários, sem privilégios; e) é constitucional, devendo estar de acordo com a Constituição Federal, sob pena de não ser aplicada (Asúa, *Lecciones de derecho penal*, p. 55).

13. Iniciativa de leis em matéria penal: podem propor a criação de leis penais: a) os membros do Congresso Nacional (art. 61, *caput*, CF); b) o Presidente da República (art. 61, *caput*, CF); c) a iniciativa popular (“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”, conforme dispõe o art. 61, § 2.º, CF). Entende-se que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República não têm iniciativa de leis destinadas a dar existência a leis penais porque estas não constituem matéria de seu peculiar interesse (art. 96, II, CF).

14. Normas penais em branco e legalidade: ver nota 34 ao art. 3.º.

15. Costume e legalidade: o costume não serve para criar ou revogar lei penal, a despeito de servir para o processo de interpretação. Assim, em que pese a evolução social da atualidade, com a constante liberação dos comportamentos, não se pode considerar “revogado” o art. 215 do Código Penal (posse sexual mediante fraude), a pretexto de que os costumes estariam a indicar, praticamente, não haver mais possibilidade de uma mulher ser ludibriada por um homem, a fim de consentir numa conjunção carnal. Admitindo-se, somente para argumentar, que tal situação fosse plenamente verdadeira, o correto é manter-se o tipo penal vigendo, até que outra lei o revogue, podendo-se, no entanto, utilizar

os atuais costumes para auxiliar na interpretação das elementares do tipo. Diante da relevância da decisão, convém mencionar a posição do Superior Tribunal de Justiça a esse respeito: “A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretensão desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (precedentes). A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v. g., desvirtuada atuação policial (art. 2.º, *caput*, da LICC)” (RE 146.360-PR, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 19.10.1999, v. u., DO 08.11.1999, p. 85).

16. Plebiscito e referendo: não são meios adequados para dar origem à lei penal. O art. 49, XV, da Constituição Federal estipula caber ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito, que, no entanto, somente podem aprovar ou rejeitar lei penal materializada ou a ser criada pelo Parlamento. Sobre a diferença entre ambas as formas de consulta popular, esclarece Alexandre de Moraes que, “enquanto o *plebiscito* é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o *referendo* consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva)” (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 1.000). Confira-se o exemplo do referendo invocado para a aprovação de dispositivo de lei, notando-se que ele não *cria* a norma, mas serve para acolher ou rejeitar o que já foi editado pelo Congresso Nacional: art. 35 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento): “É proibida a comercialização de arma de fogo e munição

em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6.º desta Lei”. Este dispositivo, para entrar em vigor, dependeria da aprovação mediante referendo popular, realizado em outubro de 2005. Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entraria em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Entretanto, foi rejeitado, significando que o comércio de armas de fogo e munição continua autorizado, desde que respeitados os requisitos legais.

Lei penal no tempo¹⁷

Art. 2.º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime,^{18-18-C} cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.¹⁹

Parágrafo único. A lei posterior,²⁰⁻²¹ que de qualquer modo favorecer o agente,^{22-24-A} aplica-se^{25-25-A} aos fatos anteriores,²⁶⁻²⁷ ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.²⁸⁻²⁹

17. Conceito e aplicação da extratratividade da lei penal: a regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*). A exceção é a extratratividade, ou seja, a possibilidade de aplicação de uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência. O fenômeno da extratratividade, no campo penal, realiza-se em dois ângulos: a) *retroatividade*: é a aplicação de uma nova lei penal benéfica a um fato (infração penal) acontecido antes do período da sua vigência (art. 5.º, XL, CF); b) *ultratratividade*: é a aplicação de uma lei penal benéfica, já revogada, a um fato (sentença) ocorrido depois do período da sua vigência. O Código Penal brasileiro, no art. 2.º, faz referência somente à retroatividade, porque está analisando a aplicação da lei penal sob o ponto de vista da data do fato criminoso. Assim, ou se aplica o princí-

pio-regra (*tempus regit actum*), se for o mais benéfico, ou se aplica a lei penal posterior, se for a mais benigna. Não se pode olvidar, no entanto, que, quando um juiz vai aplicar uma lei já revogada, no instante da sentença, por ser a mais benéfica e por ser a vigente à época do crime, está materializando o fenômeno da ultratratividade. Melhor teria sido o Código mencionar, também, a ultratratividade, como fez o Código Penal argentino: “Se a lei vigente ao tempo de se cometer o delito for distinta da que exista ao pronunciar-se a sentença ou em período intermediário, aplicar-se-á a mais benéfica”. Os tribunais utilizam expressamente a ultratratividade: “A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica – sob cuja égide foi praticado o fato delituoso – deve prevalecer por efeito do que prescreve o art. 5.º, XL, da Constituição, *sempre* que, ocorrendo *sucessão* de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legislativo anterior qualificava-se como estatuto legal *mais favorável* ao agente. (...) A *cláusula constitucional* inscrita no art. 5.º, XL, da Carta Política – que confere *ultratratividade* a estatutos penais mais benignos e que também assegura *retroatividade* às leis penais benéficas supervenientes – *incide* sobre as normas *de direito penal material* que, *no plano do reconhecimento das causas extintivas da punibilidade* (hipótese que se registra no caso ora em exame), *ou* no da tipificação, *ou* no da definição das penas aplicáveis, *ou* ainda no da disciplinação do seu modo de execução, agravem a situação jurídico-penal do indiciado, do réu ou do condenado, *como já proclamou* o Supremo Tribunal Federal (Ag 177.313-MG (AgRg) (EdecI), rel. Min. Celso de Mello; RTJ 140/514, rel. Celso de Mello; RTJ 151/525, rel. Moreira Alves, v. g.), refletindo, em seu magistério, uma diretriz jurisprudencial que *tem prevalecido*, invariavelmente, no âmbito dos Tribunais da República (RT 467/313, RT 725/526, RT 726/518, RT 726/523, RT 731/666): ‘*Ultratratividade* – Aplicação do princípio *tempus regit*

actum (...). No conflito entre as leis penais no tempo, é *sempre relevante* averiguar qual a que se mostra *mais favorável* ao condenado. Por ela deverá se inclinar o magistrado. É de boa técnica dizer que, às vezes, a lei antiga apresenta *ultratividade*. Se for mais favorável, prevalecerá ao tempo da vigência da lei nova, apesar de já estar revogada' (TACRIM/SP, rel. Celso Limongi, RT 605/314 – grifei)" (STF, HC 79.951-MG, rel. Celso de Mello, Medida Liminar, DJ 11.02.2000, p. 38). E mais: "Embora revogado o art. 14 da Lei 8.137/90, pelo art. 98 da Lei 8.383/91, aplica-se a lei que vigia à data do fato. O pagamento do débito antes do oferecimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade. *Ultratividade da norma benéfica*" (TRF – 2.^a Região, RT 732/745, destaque nosso; ver, também, RT 725/526). Em síntese: a retroatividade volta-se ao passado, enquanto a ultratividade projeta-se ao futuro. O surgimento de uma lei benéfica ao réu denomina-se *novatio legis in mellius*; o aparecimento de uma lei prejudicial ao acusado chama-se *novatio legis in pejus*.

18. Abolitio criminis (abolição do delito): trata-se do fenômeno que ocorre quando uma lei posterior deixa de considerar crime determinado fato (exemplo: a Lei 11.106/2005 deixou de considerar condutas criminosas o adultério, a sedução e o rapto consensual). Quando acontece a hipótese da *abolitio criminis*, segundo o disposto no art. 107, III, do Código Penal, extingue-se a punibilidade do agente. Em qualquer fase do processo ou mesmo da execução da pena, deve ser imediatamente aplicada a retroatividade da norma que retira a tipicidade de qualquer fato.

18-A. Confronto com a edição de lei penal benéfica (*novatio legis in mellius*): por vezes, o legislador prefere alterar determinado tipo penal incriminador, variando a descrição da conduta, de forma a excluir

certas maneiras de execução, bem como modificando a sanção penal, conferindo-lhe abrandamento ou concedendo-lhe benefícios penais antes inexistentes. Assim, mantém-se a figura delitiva, embora com outra face. Quando isso acontece, não se trata de abolição do crime, mas apenas de modificação benéfica da lei penal. Essa alteração pode ser feita diretamente em um tipo penal específico, o que é muito raro de ocorrer no Brasil, pois a tendência é sempre a criminalização e o incremento das penas, como pode envolver um contexto genérico, valendo para vários tipos incriminadores. Exemplo deste último caso é a edição da Lei 9.714/98, que permitiu a aplicação das penas restritivas de direitos a todos os delitos cuja pena privativa de liberdade não superasse a marca dos quatro anos de reclusão ou detenção, quando dolosos e não violentos (art. 44, CP). Não se aboliram penalidades, mas somente abrandou-se a punição, aumentando os benefícios.

18-B. Confronto com a edição de lei penal prejudicial (*novatio legis in pejus*): há hipóteses em que o legislador, sem abolir a figura delituosa, mas com a aparência de tê-lo feito, apenas transfere a outro tipo incriminador a mesma conduta, por vezes aumentando a pena. Sem dúvida, em alguns casos, não se trata de uma singela transferência, porém há alguma modificação na descrição do preceito primário. Exemplo disso ocorreu com a aparente abolição do crime de rapto, previsto no antigo art. 219 do Código Penal ("raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos"). A Lei 11.106/2005 extirpou esse artigo, mas transferiu parte da conduta para o art. 148, § 1.º, V, do Código Penal ("privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (...) A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos: (...) se o crime

é praticado com fins libidinosos”). Ora, o rapto era mesmo considerado, por grande parcela da doutrina, como um seqüestro para fins libidinosos. Agora, passou a constar no capítulo adequado, com uma pena máxima abstrata maior, implicando em *novatio legis in pejus*. Assim, o agente que tenha sido condenado por privar a liberdade de uma mulher honesta, para fim libidinoso (antiga figura do rapto), continuará a cumprir sua pena e será mantida a condenação, pois a figura permanece no sistema jurídico-penal, considerada como seqüestro com fins libidinosos. Não teria sentido tratar o caso como *abolitio criminis*, uma vez que a conduta continua a ser, na parte essencial, objeto de punição.

18-C. Lei penal benéfica e o caso concreto da Lei de Drogas: a Lei 11.343/2006 houve por bem conceder ao usuário de drogas, aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo substâncias entorpecentes ilícitas, *para consumo pessoal* (art. 28), um benefício sem precedente. Aboliu, por completo, a pena privativa de liberdade. Manteve a figura delituosa e as penas, porém todas elas dizem respeito a restrição de direitos ou pagamento de multa. Não mais vai ao cárcere o usuário. Continua a ser crime trazer consigo droga, sem autorização, para consumo pessoal, mas com penas brandas. Aliás, no sentido de não ter havido nenhum tipo de *abolitio criminis*, vale dizer, continua a ser crime a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, já há decisão do STF: RE 430105 QO-RJ, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, v. u., *Informativo* 456. No entanto, qualquer pessoa respondendo pelo delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, ou já condenado, como incurso no mesmo artigo, assim que entrou em vigor o novo art. 28 da Lei 11.343/2006, sem dúvida, deve merecer a imediata aplicação da lei, nesse caso, in-

discutivelmente mais favorável. A antiga previsão do art. 16 (detenção, de seis meses a dois anos, e multa) foi transmutada para penas restritivas de direitos ou, no máximo, multa, conforme o atual art. 28.

19. Alcance da *abolitio criminis*: nesse caso, não subsistem nem a execução da pena aplicada, com trânsito em julgado, que é o efeito principal, nem tampouco os efeitos secundários penais (reincidência, maus antecedentes, lançamento do nome do réu no rol dos culpados). Aliás, se já tiver cumprido integralmente a pena, havendo *abolitio criminis*, o réu terá a sua folha de antecedentes corrigida, para apagar a condenação anteriormente existente.

20. Lei intermediária: a lei *posterior* pode ser uma lei intermediária, ou seja, aquela que surgiu depois da prática do fato criminoso, mas foi revogada antes de o juiz proferir a sentença condenatória. Se for a lei mais benigna, deverá ser a utilizada.

21. Lei penal em *vacatio legis*: durante a *vacatio legis* (período de tempo estabelecido pelo legislador para que a sociedade tome conhecimento de uma determinada norma, após a sua publicação, antes de sua entrada em vigor), a lei penal já tem força suficiente para ser considerada lei mais favorável, aplicando-se retroativamente a fatos pretéritos? Responde *afirmativamente* Paulo José da Costa Júnior, citando Raggi e fazendo referência também a Nélson Hungria e Heleno Fragoso: “A lei, em período de *vacatio*, não deixa de ser lei *posterior*, devendo, pois, ser aplicada desde logo, se mais favorável ao réu” (*Comentários ao Código Penal*, p. 6). E, no mesmo prisma, ensinam Cernicchiaro (“A *vacatio legis* é estabelecida para favorecer as pessoas. Instituto dessa natureza não pode ocasionar efeito oposto, ou seja, gerar prejuízo, aumentar ônus” – *Direito penal na Constituição*, p. 88) e Alberto Silva Franco.

Em *sentido contrário*, estão as opiniões de Frederico Marques, Delmanto e Damásio, defendendo que a lei nova, em período de *vacatio*, ainda não vige, estando as relações sociais sob regência da lei antiga em vigor. Somente quando uma lei deixa de vigorar, outra lhe pode ocupar o espaço, produzindo efeitos. Quanto à posição de Hungria, somos levados a discordar de Paulo José da Costa Júnior, pois, em nota de rodapé, diz o penalista carioca que, apesar da posição favorável de Raggi, pela aplicação da lei posterior ainda em *vacatio legis*, “é bem de ver, porém, que, quando se fala em *lei posterior*, se entende a lei que passou a *vigorar* em substituição a outra” (*Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1, p. 111). Portanto, Nélson Hungria integra a segunda posição, contrária à aplicação da lei em período de *vacatio*. De fato, esta última parece ser a melhor orientação. Não se compreende que uma norma tenha validade para beneficiar réus em geral, mas não possa ser aplicada ao restante da população. Se todos são iguais perante a lei, é preciso harmonizar os princípios constitucionais a fim de não se permitir que uma interpretação liberal afronte preceitos fundamentais. A Constituição diz apenas que a lei penal pode retroagir para beneficiar o réu, devendo-se, por uma questão de lógica, levar em consideração o momento em que vigora para toda a sociedade, inclusive para os acusados.

22. Combinação de leis penais: trata-se de tema polêmico, pois nem sempre é possível saber, com exatidão, qual é a lei penal mais benéfica, mormente quando várias são aplicáveis ao mesmo caso. Poderia o juiz combinar as leis penais, extraindo a posição mais benigna ao réu? *Defendendo* a possibilidade de combinação, pois é apenas um processo de integração da lei penal, visando à aplicação do preceito “que de *qualquer modo* favorecer”, estão Frederico Marques,

Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Julio Fabbrini Mirabete, Damásio de Jesus, Celso Delmanto, Nereu José Giacomolli, entre outros. *Contrários à tese*, pois significaria permitir ao juiz legislar, criando uma outra lei, não prevista pelo legislador, encontram-se Nélson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Fragoso, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Pierangeli, dentre outros. Ao se adotar a segunda posição, surge nova indagação: quem escolhe a lei mais favorável, o réu ou o juiz? Mais duas posições emergem: o réu, porque é ele quem vai cumprir a sanção penal; o juiz, porque ele é o órgão encarregado pelo Estado para aplicar a lei, sem ter de consultar a parte. De nossa parte, preferimos atualmente a posição intermediária, apontada por Jiménez de Asúa, baseando-se em Von Liszt, ao lecionar que a fórmula mais exata leva o juiz a fazer uma aplicação mental das duas leis que conflitam – a nova e a antiga –, verificando, no caso concreto, qual terá o resultado mais favorável ao acusado, mas sem combiná-las, evitando-se a criação de uma terceira lei (cf. *Lecciones de derecho penal*, p. 98-99). É também a posição adotada por Claus Roxin (*Derecho penal – Parte general*, t. I, p. 167-168). E, na impossibilidade de combinar as leis, cremos ser da competência do juiz a escolha de qual norma é a mais favorável, pois cabe ao Estado e não ao particular aplicar a lei ao caso concreto. Se o réu não concordar, pode recorrer da decisão. Deve-se ressaltar que o direito em jogo é indisponível, de modo que não cabe ao indivíduo optar por algo que considere, a seu modo, ser mais favorável. Em matéria de precedentes jurisprudenciais, tivemos a edição da Lei 9.271/96, que alterou o art. 366 do CPP, determinando a suspensão do processo quando o réu fosse citado por edital, ao mesmo tempo em que estaria suspensa, também, a prescrição. Houve tentativa da parte de alguns juízes de com-

binar as leis, suspendendo o processo de imediato, mas não a prescrição. Essa possibilidade foi vetada pelos tribunais pátrios, em corrente majoritária: “É inadmissível a aplicação parcial do mencionado diploma legal, com incidência apenas do preceito pertinente à suspensão do processo, afastando o comando relativo à suspensão do prazo prescricional” (STJ, REsp 184.820-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 11.05.1999, v. u., DJ 31.05.1999, p. 194). No mesmo prisma: RMS 10.595/GO, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 11.05.1999, v. u., DJ 21.06.1999, p. 179; REsp 202.546/SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 20.05.1999, v. u., DJ 21.06.1999, p. 196; RHC 9.004-MG, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 26.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 204.

22-A. Combinação das leis penais e o caso concreto da Lei de Drogas: a Lei 11.343/2006, cuidando dos crimes relativos a tóxicos, revogou, expressamente, as Leis 6.368/76 e 10.409/2002 (art. 75). Dentre outras situações, podemos destacar um exemplo concreto de confronto entre a lei antiga e a lei nova, em que não se sabe, ao certo, qual a norma mais favorável ao réu ou condenado. O art. 33 da Lei 11.343/2006, tratando do tráfico ilícito de drogas, aumentou a pena mínima para reclusão de cinco anos, enquanto o revogado art. 12 da Lei 6.368/76 previa o montante mínimo de reclusão de três anos. Nesse ponto, a nova lei é mais severa. Por outro lado, o art. 33, § 4.^o, da Lei 11.343/2006 trouxe uma causa de diminuição de pena de um sexto a dois terços, caso o agente seja primário, de bons antecedentes, sem dedicação a atividades criminosas, nem integração com organização criminosa. Nesse aspecto, a nova lei é favorável ao réu, pois o anterior art. 12 não possuía dispositivo semelhante. Para a aplicação da lei penal mais favorável,

imaginemos um condenado por tráfico ilícito de entorpecentes, com base na Lei 6.368/76, a três anos de reclusão. Ele é primário, sem antecedentes ou outra ligação com o crime. Tem direito à diminuição de sua pena, que fora aplicada no mínimo. Porém, deve o juiz subtrair o *quantum* de um sexto a dois terços da pena concretizada de três anos, advinda da anterior Lei 6.368/76, ou da atual pena mínima de cinco anos? Se o magistrado adotar a corrente doutrinária (vide a nota 22 supra) que permite a combinação de leis penais, não há dúvida. Mantém a pena mínima em três anos e desta subtrai o montante de um sexto a dois terços. O exato *quantum* a diminuir dependerá das demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal, em especial a natureza e a quantidade da substância ou do produto, além de levar em conta a personalidade e a conduta social do agente, como recomenda o art. 42 da Lei 11.343/2006. Por outro lado, se for adepto da corrente que não admite a combinação de leis penais, o que deve fazer? Estaria envolto num impasse? Cremos que não. Pensamos não deva o juiz combinar leis penais, como já expusemos no tópico precedente. Mas é viável que ele faça uma análise de qual lei é a mais favorável ao réu, no caso concreto. Em primeiro lugar, o magistrado deve realizar a seguinte projeção: a) levando em consideração a nova lei, no seu conjunto, incluindo a pena mínima de cinco anos, verificará, concretamente, qual seria a diminuição que o réu ou condenado mereceria. Ora, se atingisse o patamar de metade (entre um sexto e dois terços), exemplificando, deve utilizar a lei nova, pois a pena cairá para dois anos e seis meses de reclusão (cinco anos menos metade). Houve benefício ao acusado, cuja pena era de três anos de reclusão; b) se levar em conta a lei nova, tomando por

base a pena mínima de cinco anos e perceber que o réu, concretamente, merece a diminuição mínima de um sexto, sua pena seria de quatro anos e dois meses, o que significa ser desvantajosa a utilização da lei nova. Mantém, então, a pena em três anos de reclusão, conforme a anterior Lei 6.368/76. Não aplica, em suma, a lei nova. Em nosso entendimento, contrário que somos à combinação de leis penais, pois o juiz não é legislador, depende do caso concreto para sabermos se é viável a aplicação da lei nova ou a manutenção da pena, conforme os critérios da lei anterior. Pela impossibilidade de combinação e no sentido que defendemos: STJ: “1. A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei 11.343/2006, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito. 2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa àquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma – uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação. 3. Na linha da melhor hermenêutica jurídica, tem-se que o conjunto é que compõe a norma e todos os seus preceitos

precisam conviver em harmonia e devem ser aplicados de maneira ordenada, sob pena de aquela [norma] perder a sua natureza de ordenação racional. 4. Na hipótese, o § 4.º faz referência expressa ao *caput* do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação. 5. O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao aplicador judicial da lei, cuja competência jurisdicional, por tal razão, não se reveste de idoneidade suficiente para lhe permitir inovar a ordem jurídica ao ponto de criar novas normas, sob pena de incidir em domínio reservado ao âmbito de atuação do Poder Legislativo e, sobretudo, desconstruir a lógica interna do sistema, criando soluções desarrazoadas e incongruentes. 6. A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2.º do CPB e 5.º, XL, da CF/88), sem, todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue convenientes, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra lei, competindo ao magistrado singular, ao juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado” (HC 86.797-SP, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 11.03.2008, v. u.). Pela possibilidade de combinação: STF: “A Turma, em conclusão de julgamento, deferiu, por

maioria, *habeas corpus* impetrado em favor de condenado por tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 6.368/76, art. 12, c/c art. 29 do CP) para que se aplique, em seu benefício, a causa de diminuição trazida pela Lei 11.343/2006 – v. *Informativo* 523. Centrava-se a questão em apurar o alcance do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, em face da nova Lei de Tóxicos, que introduziu causa de diminuição da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, mas aumentou-lhe a pena mínima. Inicialmente, salientou-se a necessidade de se perquirir se seria lícita a incidência isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei anterior, tendo por base as penas então cominadas. Entendeu-se que aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas, uma vez que o juiz, ao assim proceder, não cria lei nova, mas apenas se movimenta dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Ademais, aduziu-se que se deveria observar a finalidade e a *ratio* do princípio, para dar correta resposta à questão, não havendo como se repudiar a aplicação da causa de diminuição também a situações anteriores. Nesse diapasão, enfatizou-se, também, que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. Vencida a Min. Ellen Gracie, relatora, que indeferia o writ por considerar que extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro preceito, de diverso diploma, implicaria alterar por completo o seu espírito normativo, gerando um conteúdo distinto do previamente estabelecido pelo legislador, e instituindo uma terceira regra relativamente à situação individual do paciente. Precedente citado: HC 68416/DF (DJU 30.10.1992)” (STF, HC 95.435-RS,

2.^a T., rel. orig. Ellen Gracie, rel. para o acórdão Cezar Peluso, 21.10.2008, *Informativo* 525).

23. Efeitos da lei publicada com erros: a lei erroneamente publicada, isto é, a lei que saiu publicada no *Diário Oficial* com incorreção não pode beneficiar o réu, pois não foi esta a vontade do Poder Legislativo. É a posição que se consolidou no Superior Tribunal de Justiça: “Texto que, por erro, foi publicado e que sequer foi aprovado pelo Congresso não acarreta consequências jurídicas (parágrafo único do art. 11 da Lei 9.639) (RHC 7.231/SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, DJ 18.12.1998)” (HC 8.457/SC, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 01.06.1999, v. u., DJ 28.06.1999, p. 128).

24. Lei penal inconstitucional benéfica: a lei penal inconstitucional pode servir para beneficiar o réu, desde que o juiz entenda correta a sua aplicação. Em verdade, o controle de constitucionalidade feito pelo magistrado, quando aplica a lei ao caso concreto, é cabível e efetivado de forma independente, ou seja, caso entenda ser a norma constitucional, certamente poderá o juiz aplicá-la à situação vivenciada pelo réu. Assim, até que seja considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 2.^o, da Constituição), em decisão que produza eficácia contra todos e efeito vinculante, deixando o sistema jurídico, está em pleno vigor, de modo que é capaz de produzir efeitos benéficos ao réu. Por outro lado, não há como obrigar o juiz, que considere inconstitucional uma determinada norma, a aplicá-la, ainda que beneficie o acusado ou condenado. Mas quando o Supremo Tribunal Federal exercer o controle de constitucionalidade direto, declarando inconstitucional uma norma penal benéfica, já utilizada por vários magistrados, por exemplo, deve aplicar o efeito *ex nunc*

(produz efeitos somente a partir da decisão de inconstitucionalidade) à sua decisão, sob pena de gerar prejuízos incalculáveis à segurança jurídica e ao indivíduo, que culpa não teve quando o Estado gerou uma norma em desacordo com a Constituição Federal. Note-se que os arts. 102, I, *a*, e § 2.º, c/c art. 52, X, tratando do tema, não se referem expressamente ao efeito da declaração de inconstitucionalidade, se *ex tunc* (desde a data de sua edição) ou se *ex nunc* (a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal). Ora, em se tratando de norma penal (ou processual penal material), diretamente relacionada a direito individual, que é a liberdade, não há de prevalecer o interesse coletivo sobre o individual. Imagine-se alguém que tenha sido beneficiado pela lei penal, tempos depois considerada inconstitucional, estando em liberdade, com a vida refeita. Não se pode considerar a hipótese de ter de retornar ao cárcere porque a lei que o retirou de lá foi declarada inconstitucional. Conforme lição precisa de Cernicchiaro, o homem comum acredita na lei publicada, e, se o Estado errou ao elaborar a norma, não pode haver prejuízo para o indivíduo (cf. *Direito penal na Constituição*, p. 87). Acrescentemos a lição de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Walter de Almeida Guilherme: “As normas inconstitucionais não poderão ser aplicadas, ainda que beneficiem o réu; se proferidas decisões com base nelas, deverão ser impugnadas, se não houverem transitado em julgado. Observamos que nosso direito infraconstitucional não apresenta meios de impugnação de decisões judiciais, transitadas em julgado, que tenham favorecido o acusado. Não há revisão criminal *pro societate*. Deveria haver, pensamos; mas não há. Desta maneira, *em assunto criminal, as decisões definitivas lastreadas em leis inconstitucionais permanecerão eficazes*” (*Controle de constitucionalidade*, p. 170, grifamos).

24-A. Lei inconstitucional prejudicial ao réu: a todo momento pode ser impugnada e revista, ainda que a decisão já tenha transitado em julgado. Há instrumentos processuais para isso (revisão criminal e *habeas corpus*), motivo pelo qual, se o Supremo Tribunal Federal considerar qualquer norma penal ou processual penal material inconstitucional, atento ao princípio da retroatividade benéfica, deverão os órgãos do Judiciário promover as medidas necessárias para beneficiar o acusado ou condenado. Destacam Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Walter de Almeida Guilherme que, “se alguém tiver cumprido sua pena, ou parte dela, em função de lei declarada inconstitucional, o assunto será regulado pelo disposto no artigo 5.º, inciso LXXV, da Constituição Federal, segundo o qual ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’”. Este artigo constitucional é um dos fundamentos para nosso entendimento de que o controle incidental de constitucionalidade não é uma faculdade judicial, mas um dever”. E findam os autores mencionando que a responsabilidade do Estado por tal erro é objetiva, independentemente de se apurar eventual responsabilidade do juiz. Afinal, este pode não ter incidido em equívoco, pois a consideração da constitucionalidade de uma norma implica em interpretação, e esta é um processo livre para cada magistrado (*Controle de constitucionalidade*, p. 169-170).

25. Competência para aplicação da lei penal benéfica: a competência para a aplicação da lei nova favorável divide-se da seguinte forma: a) *com o processo em andamento* até a sentença, cabe ao juiz de 1.º grau a aplicação da lei; b) *em grau de recurso*, aplicará a norma favorável o Tribunal; c) *havendo o trânsito em julgado da decisão*, existem duas posições: c.1) cabe ao juiz da execução criminal; c.2) cabe ao

Tribunal, pela via da revisão criminal. A primeira orientação leva em consideração a Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal (“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”), o art. 13 da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (“A aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2.º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público”) e o art. 66, I, da Lei de Execução Penal (“Compete ao juiz da execução: aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”). É o posicionamento majoritário da doutrina. A segunda sustenta caber ao Tribunal, pela via da revisão criminal. Ensina Silva Franco: “Em algumas situações, como, por exemplo, na participação de menor importância ou na participação em fato menos grave, seria mister uma nova definição penal da conduta do agente, o que forçosamente implicaria um mergulho, em profundidade, na matéria probatória. Em casos desta ordem, a questão não deveria ser equacionada pelo juiz da execução penal, que não estaria sequer aparelhado, do ponto de vista processual, para o exame da matéria. Entendimento contrário conduziria a transformar o juiz da execução penal num ‘superjuiz’ com competência até para invadir a área privativa da Segunda Instância, alterando qualificações jurídicas definitivamente estatuídas. A revisão criminal, nesses casos, seria mais recomendável” (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 54). Melhor é a orientação que defende a competência do juiz da execução penal, pois, além de mais prática, agiliza e facilita para o réu a aplicação da lei que o favoreceu. Conta esta posição com o beneplácito da jurisprudência: STF: HC 78.772-0-MG, 1.ª T.,

rel. Sydney Sanches, 09.03.1999, v. u., *DJ* 01.10.1999, p. 30; STJ: RHC 9.112-SP, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 07.12.1999, v. u., *DJ* 21.02.2000, p. 140; TACRIM-SP, Ap. 1.131.763-2, Osasco, 7.ª C., rel. Salvador D’Andrea, 04.03.1999, v. u.

25-A. Competência para aplicação de interpretação benéfica da lei penal:

igualmente, cabe, se já houve o trânsito em julgado da decisão condenatória, ao juiz da execução penal. Por óbvio, é preciso que a alteração da interpretação da lei penal, em benefício do condenado, parta de Cortes Superiores, encarregadas de dar a palavra final em relação à constitucionalidade de determinadas normas (STF) ou de verificar a correta aplicação da lei federal (STJ). Exemplo disso experimentamos recentemente, quando o Supremo Tribunal Federal declarou, no caso concreto, sem o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ser possível a progressão de regime, ainda que se tratasse de crime hediondo ou equiparado (HC 82.959-SP, rel. Marco Aurélio, 23.02.2006, m. v.). Decidiu, em julgamento proferido pelo Plenário, ser inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, na parte em que estipula o regime fechado *integral*. Naturalmente, cabe ao magistrado da execução penal reinterpretar o título executivo, que lhe chegou às mãos, à luz da nova orientação, mais benéfica ao condenado, permitindo que haja progressão, mesmo que, na sentença condenatória, ainda conste o regime fechado integral. O exemplo permanece válido, embora, atualmente, esteja em vigor a Lei 11.464/2007, que alterou a Lei 8.072/90, autorizando a progressão em crimes hediondos e equiparados.

26. Crime permanente e lei penal benéfica: aplica-se a lei nova durante a atividade executória do crime permanen-

te, aquele cuja consumação se estende no tempo, ainda que seja prejudicial ao réu. Convém mencionar a lição de Hungria: “O *crime permanente* (em que a atividade antijurídica, positiva ou negativa, se protraí no tempo) incide sob a lei nova, ainda que mais severa, desde que prossiga na vigência dela a *conduta* necessária à *permanência* do resultado. É que a cada momento de tal *permanência* está presente e militando, por ação ou omissão, a vontade do agente (ao contrário do que ocorre nos *crimes instantâneos com efeitos permanentes*), nada importando assim que o ‘estado de permanência’ se haja iniciado no regime da lei antiga, ou que esta incriminasse, ou não, o fato” (ob. cit., v. 1, t. 1, p. 128). Assim também é o pensamento da maioria da doutrina e da jurisprudência. Exemplificando: se um seqüestro está em andamento, com a vítima colocada em cativeiro, havendo a entrada em vigor de uma lei nova, aumentando consideravelmente as penas para tal delito, aplica-se de imediato a norma prejudicial ao agente, pois o delito está em plena consumação. Na mesma linha: STF: “Conflito de leis no tempo: cuidando-se de crime permanente – qual delito militar de deserção –, aplica-se-lhe a lei vigente ao tempo em que cessou a permanência, ainda que mais severa que a anterior, vigente ao tempo do seu início” (HC 80.540-AM, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 28.11.2000, v. u., RTJ 176/864). Atualmente, é o teor da Súmula 711 do STF: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

27. Crime continuado e lei penal benéfica: no contexto do crime continuado, há duas posições: *a)* pela aplicação da mesma regra do crime permanente, encontra-se a sempre abalizada opinião de Nélson

Hungria: “Em relação ao *crime continuado* (pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva), se os atos sucessivos já eram incriminados pela lei antiga, não há duas *séries* (uma anterior, outra posterior à lei nova), mas uma única (dada a unidade jurídica do crime continuado), que incidirá sob a lei nova, ainda mesmo que esta seja menos favorável que a antiga, pois o agente já estava advertido da maior severidade da sanção, caso persistisse na ‘continuação’. Se, entretanto, a incriminação sobreveio com a lei nova, segundo esta responderá o agente, a título de crime continuado, somente se os atos posteriores (subseqüentes à entrada em vigor da lei nova) apresentarem a homogeneidade característica da ‘continuação’, ficando inteiramente abstraídos os atos anteriores” (*Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. 1, p. 128). É também a lição de Frederico Marques e Aníbal Bruno; *b)* pela não aplicação da mesma regra do crime permanente está o entendimento de Delmanto, dizendo, quanto aos delitos continuados, que “o princípio da legalidade deve ser rigidamente obedecido. (...) Também a norma penal nova mais grave só deverá ter incidência na série de crimes ocorridos durante sua vigência e não na anterior” (*Código Penal comentado*, p. 10). O melhor entendimento é o de Hungria, pois se o crime continuado é uma ficção, entendendo-se que uma série de crimes constitui um único delito para a finalidade de aplicação da pena, é preciso que o agente responda, nos moldes do crime permanente, pelo que praticou em qualquer fase da execução do crime continuado. Portanto, se uma lei penal nova tiver vigência durante a continuidade, deverá ser aplicada ao caso, prejudicando ou beneficiando. Conferir, em igual prisma: STF, HC 76.680-SP, 1.^a T., rel. Ilmar Galvão, 28.04.1998, v. u., DJ 12.06.1998, Ementário 1914-2

(citando, ainda, o HC 74.250, rel. Marco Aurélio, no mesmo sentido). Atualmente, é o teor da Súmula 711 do STF: “A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

28. Lei penal corretiva ou interpretativa: é aquela criada para dar significado a lei penal anterior, isto é, para interpretar o seu conteúdo, explicitando-lhe o significado. Ainda que para alguns (Frederico Marques, Jiménez de Asúa) ela possa retroagir, mesmo que prejudique o réu, porque faz parte essencial da lei principal, à qual tem por fim interpretar, a posição adotada pela maioria é no sentido negativo. A lei corretiva não tem o condão de retroagir para prejudicar o réu, porque, sendo interpretativa ou não, é lei penal e deve submeter-se ao preceituado neste artigo. Assim é a posição de Nélson Hungria, que preferimos: “Nem mesmo as leis destinadas a explicar ponto duvidoso de outras leis, ou a corrigir equívocos de que estas se ressintam, podem retroagir em desfavor do réu. Se o próprio legislador achou que a lei anterior (interpretada ou emendada) era de difícil entendimento ou continha erro no seu texto, não se pode exigir do réu que a tivesse compreendido segundo o pensamento que deixou de ser expresso com clareza e exatidão” (*Comentários ao Código Penal*, v. 1, t. I, p. 130).

29. Retroatividade da lei processual penal benéfica: como regra, as normas processuais são publicadas para vigorar de imediato, aplicando-se a todos os atos ainda não praticados e atingindo, por conseguinte, alguns fatos ocorridos antes de sua vigência. Entretanto, existem normas processuais penais que possuem íntima relação com o direito penal, refletindo

diretamente na punição ao réu. Em virtude disso, a doutrina busca classificar as normas processuais em *normas processuais penais materiais* e *normas processuais penais propriamente ditas*. As primeiras, tratando de temas ligados ao *status libertatis* do acusado (queixa, perempção, decadência, prisão cautelar, prisão em flagrante etc.), devem estar submetidas ao princípio da retroatividade benéfica. A respeito, confira-se o disposto no Código Penal argentino: “No cômputo da prisão preventiva observar-se-á separadamente a lei mais favorável ao processado” (art. 3.º). As segundas, por serem vinculadas ao procedimento (formas de citação e intimação, modos de colheita de prova, prazos, mandados etc.), aplicam-se de imediato e não retroagem, mesmo que terminem por prejudicar o acusado. Essa posição, com a qual concordamos, é adotada por Silva Franco e pela maioria da jurisprudência. Basta ver o tratamento que foi dado à Lei 9.099/95 pelos tribunais pátrios, admitindo que o art. 88 – que trata da necessidade de representação nos casos de lesões leves e culposas – retroagisse, atingindo ações penais já iniciadas. É o que nos parece correto. O entendimento de Frederico Marques é oposto: “Nada mais condenável que esse alargamento da lei penal mais branda, porquanto invade os domínios do direito processual, em que vigoram diretrizes diversas no tocante às normas intertemporais. Direito Penal é Direito Penal, e processo é processo. Um disciplina a relação material consubstanciada no *jus puniendi*, e outro a relação instrumental que se configura no *actum trium personarum* do juízo, seja este civil ou penal. É inaceitável assim, como lembra Antón Oneca, a aplicação das regras do Direito Penal intertemporal ao processo penal. Se lei penal não é lei processual, e lei processual não é lei penal, as regras sobre a ação penal e as condições

de procedibilidade (queixa, representação e requisição ministerial) não se incluem no cânon constitucional do art. 5.º, XL, que manda retroagir, em benefício do réu, tão-só a *lei penal*” (*Tratado de direito penal*, v. 1, p. 258).

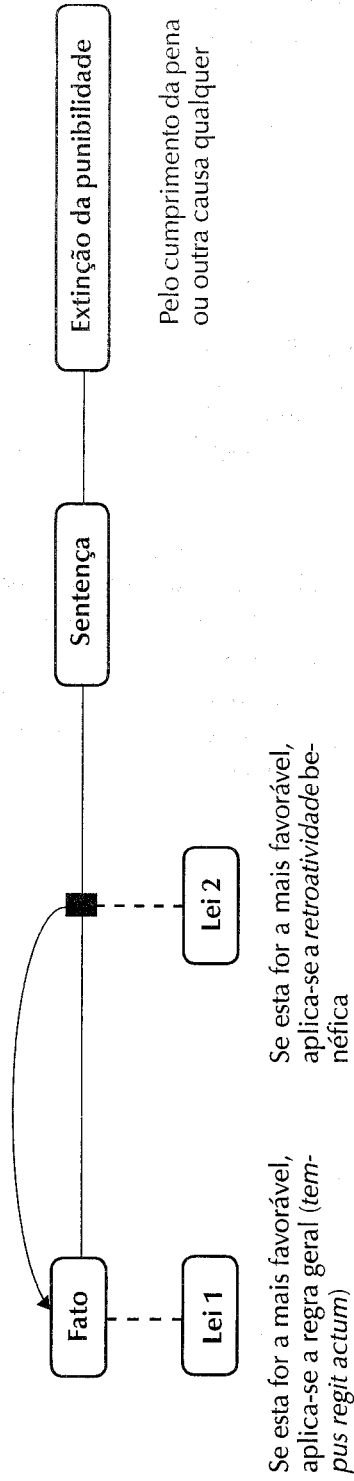
EXTRATIVIDADE DA LEI PENAL: é a possibilidade de aplicação de uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência (a mobilidade da lei penal no tempo, em favor do réu, somente é viável entre a data do fato e a extinção da punibilidade)

**EXTRATIVIDADE
DA LEI PENAL
BENÉFICA**

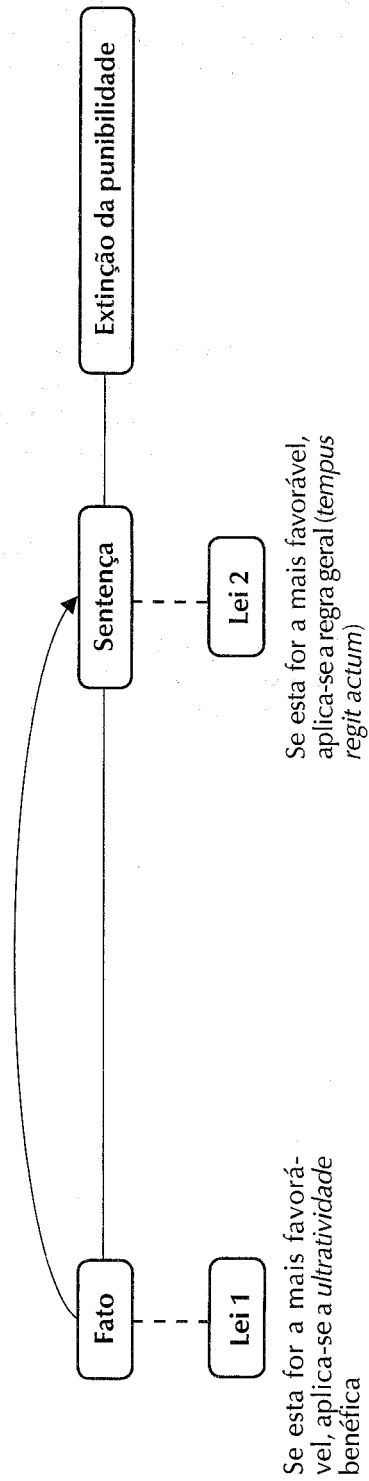
- ⌘ **Retroatividade:** do ponto de vista do fato, leis novas, surgidas após a prática do crime, retroagem no tempo, como se vigorassem à época da infração penal para aplicação
- ⌘ **Ultratividade:** do ponto de vista da sentença, leis já revogadas, que vigoravam à data do delito, são ressuscitadas para aplicação em favor do acusado

EXTRATIVIDADE DA LEI PENAL

1) Enfocando a data do fato criminoso (ver nota 17)

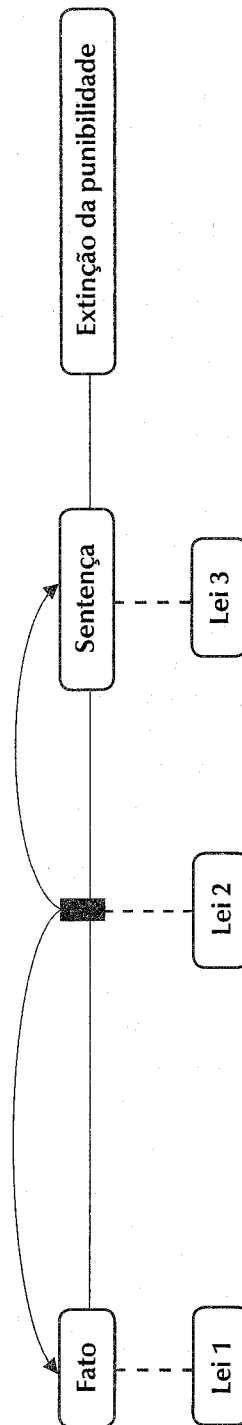


2) Enfocando a data da sentença (ver nota 17)



LEIS PENAIS BENÉFICAS INTERMEDIÁRIAS

(VIGORAM ENTRE O FATO E A SENTENÇA)



Se esta for a mais favorável ao réu, deve *retroagir* à data do fato ou, sob o ângulo da sentença, será considerada *ultrativa*

Lei excepcional ou temporária³⁰

Art. 3.º A lei excepcional³¹ ou temporária,³² embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.^{33-34-A}

30. Conceito de leis intermitentes: as leis excepcionais e temporárias são espécies do gênero *intermitentes*, aquelas feitas para durar por um período determinado. Isto porque, como regra, as normas penais têm prazo de vigência indeterminado, até que sejam por outras revogadas. Entretanto, em algumas situações especiais, torna-se imprescindível estabelecer um prazo certo de duração para leis penais incriminadoras.

31. Conceito de leis excepcionais: são feitas para durar enquanto um estado anormal ocorrer. Cessam a sua vigência ao mesmo tempo em que a situação *excepcional* também terminar. Exemplo: durante o estado de calamidade pública, decretado em uma localidade devastada por alguma catástrofe, podem-se aumentar as penas dos crimes contra o patrimônio para buscar evitar os saques.

32. Conceito de leis temporárias: são as editadas com período determinado de duração, portanto, dotadas de auto-revogação. Assim, por exemplo, uma lei feita para valer por um prazo de seis meses.

33. Extensão e eficácia: as leis excepcionais ou temporárias são leis que não respeitam a regra prevista no artigo anterior, ou seja, o princípio da retroatividade benéfica. Se o fizessem seriam inócuas, pois, cessado o prazo de sua vigência, todos os criminosos que estivessem sendo punidos pela prática de infrações penais nesse período excepcional ou temporário teriam benefícios. No exemplo mencionado da calamidade pública, caso

os agentes pudessem ser beneficiados pela retroatividade benigna, tão logo as penas dos crimes contra o patrimônio voltassem aos patamares originais, suas penas seriam alteradas. De nada teria adiantado a edição da lei intermitente. Essas leis (temporárias ou excepcionais) são sempre ultrativas, a fim de manter o seu poder intimidativo. Há, no entanto, exceção: uma lei temporária mais benéfica, editada posteriormente, pode alterar, para melhor, lei temporária anterior, desde que respeitado o mesmo período temporal. Nesse caso, o princípio da retroatividade benéfica está fixado entre normas de igual *status* e com idêntica finalidade. Questão constitucional: estar-se-ia ferindo o disposto no art. 5.º, XL, da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”)? A resposta é negativa. Tal não ocorre pela razão de o fator “tempo” integrar a tipicidade da norma temporária ou excepcional, significando que, ao deixar de existir, não traz, em seu lugar, nenhuma outra norma aplicável à mesma hipótese. Exemplificando: uma lei penal é editada dobrando as penas dos delitos contra o patrimônio enquanto durar o estado de calamidade pública. Deve-se ler o tipo penal excepcional do furto: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, *durante estado de calamidade pública*”. Uma vez encerrado esse período, torna a vigor a anterior punição, que não se pode considerar nova norma penal, sujeita à retroatividade prevista na Constituição. Volta-se ao tipo penal anterior, de diferente redação: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. São normas diferenciadas, não incidindo a regra constitucional da retroatividade benéfica. Não basta simplesmente dizer que a temporária ou excepcional é ultrativa, fenômeno diverso do previsto na Constituição Federal, que menciona apenas a retroatividade, uma vez que, se fosse possível aplicar a retroatividade benéfica,

certamente ela anularia qualquer efeito de lei considerada ultrativa por lei ordinária. Não poderia o Código Penal fixar a ultratividade de normas que confrontassem diretamente com futuras leis mais benéficas, a pretexto de se considerar diferente o efeito, isto é, ultratividade e retroatividade. Em verdade, somente não se aplica o princípio constitucional previsto no art. 5.º, XL, quando a lei temporária ou excepcional cessa seu efeito, voltando a vigorar norma que estava com eficácia suspensa ou mesmo outra lei editada especialmente para regular determinado caso, por se tratar de diferentes normas: uma inclui na sua redação o fator *tempo*, enquanto a outra não o faz. Sobre as leis excepcionais, em visão diferenciada, leciona Luiz Luisi que as leis excepcionais são as que existem, em caráter permanente, embora só adquiram eficácia quando ocorrem fatos e situações especiais. Cita como exemplo o Código Militar. Há normas que somente se aplicam em época de guerra. Cessada esta, perdem a eficácia, mas continuam vigendo. Aplicam-se para o passado, levando-se em conta que a lei ainda existe, mas sem eficácia (*Os princípios constitucionais penais*, p. 22). Quanto às temporárias, que desaparecem após determinado período, crê ser inconstitucional o disposto no art. 3.º, CP, mandando que sejam aplicadas retroativamente (*Os princípios constitucionais penais*, p. 23).

34. Normas penais em branco e o princípio da legalidade: convém demonstrar que as normas penais em branco não ofendem o princípio da legalidade, o que se pode fazer através da análise das leis intermitentes. São normas penais em branco aquelas cujo preceito primário é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, além de terem o preceito sancionador determinado. Dividem-se em: *a) normas impropriamente em branco*, que se valem de fontes formais homogêneas,

não penais. Ex.: os impedimentos matrimoniais do crime do art. 237 (casar conhecendo tais impedimentos) são achados no Código Civil, que também é lei; *b) normas propriamente em branco*, que se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso e sempre fora do âmbito do direito penal. Ex.: o crime contra a economia popular, referente à transgressão de tabela de preços, que é fixada por órgão do Poder Executivo, através de regulamento federal, leis ou regulamentos estaduais ou municipais, tem como complemento da lei penal em branco um elemento de diferente fonte normativa. As normas em branco não ofendem a legalidade, porque se pode encontrar o complemento da lei penal em outra fonte legislativa extrapenal, previamente determinada e conhecida. É preciso, no entanto, que se diga que o *complemento* da norma em branco é, como regra, de natureza intermitente, feito para durar apenas por um determinado período. Uma tabela de preços, por exemplo, tem caráter temporário. Assim, valendo-se desse caso, quando o complemento tiver caráter secundário à própria norma penal, utiliza-se o disposto no art. 3.º: ele é sempre ultrativo. Acrescentando ao exemplo da tabela: um comerciante que tenha transgredido a tabela A terá sua conduta avaliada pelo juiz com base nessa mesma tabela, e não com fundamento em outra, que venha a ser editada até a data da sentença. Por outro lado, quando o complemento da lei penal em branco for a parte essencial da norma, vale dizer, é mais importante conhecê-lo do que a própria descrição da norma penal, não é possível aplicar o art. 3.º, mas sim o art. 2.º. Ex.: se alguém traz consigo *substância entorpecente*, definida como ilícita em portaria de órgão vinculado ao Ministério da Saúde, uma vez que a droga seja retirada dessa relação, é natural que haja retroatividade benéfica. O

mais importante, no caso do crime de porte de entorpecente, é saber o que é *substância entorpecente* e quais são as enumeradas na referida portaria de caráter administrativo, ao passo que no delito de transgredir *tabela de preços* é secundário saber qual é o preço. Concluindo: quando o complemento da norma em branco for secundário (v. g., tabela de preços), ele é ultrativo; quando o complemento for fundamental para a compreensão do crime (v. g., substância entorpecente), ele pode retroagir para beneficiar o réu. Um exemplo concreto: o *cloreto de etila* (lança-perfume), atualmente considerado substância entorpecente, porque incluído na relação editada pelo Ministério da Saúde, foi *excluído* da relação do DIMED pela Portaria de 04.04.1984, retornando à lista pela Portaria 2/85, de 13.03.1985. Houve, nesse caso, uma típica *abolitio criminis*, pois o complemento da norma em branco é fundamental à sua própria existência e compreensão, não se podendo considerar um elemento secundário. Nesse prisma, decidi o STF: “É que o complemento da norma penal em branco passa a integrar, indubitavelmente, o conteúdo da conduta censurada, formando um todo, de forma que a alteração de uma parte, como resultado de uma nova valoração jurídica do mesmo fato, tem repercussão total e imediata, não se aplicando ao caso em exame a solução que a jurisprudência vem dando às hipóteses de tabelamento de preços, já que estes têm realmente caráter excepcional, vez que são editados como forma de disciplinar o mercado em situações especiais, revelando que se trata mesmo da hipótese prevista no art. 3.º do CP (...) as *Portarias do Ministério da Saúde*, incluindo ou excluindo substância da lista anual já citada, *não têm caráter de norma excepcional*, que é aquela promulgada para vigorar em condições sociais anormais com vigência vinculada à duração dos motivos que

inspiraram a sua edição, ou de norma temporária, que é aquela que tem tempo de vigência limitado e previamente determinado em seu próprio texto” (2.ª T., rel. Carlos Velloso, *Lex* 164/331). Voltou a ocorrer a descriminalização de vários delitos, relativos a entorpecentes, no tocante ao lança-perfume, em outra ocasião. Durante, aproximadamente, uma semana, no final de 2000, o cloreto de etila foi retirado da relação das substâncias de uso proibido, por razões de incentivo a outros setores da indústria, que utilizariam o produto. Foi o suficiente para gerar a aplicação retroativa da *abolitio criminis* verificada. Nessa linha, já decidiram os tribunais: STF: “A sentença mediante a qual, no Processo Crime 86/93, da Comarca de Ponta Porã-MS, o Paciente foi condenado consigna a prática que se teve como delituosa em 28 de fevereiro de 1992. Todavia, o órgão competente para a definição das substâncias apanhadas pelo art. 12 da Lei 6.368/76 [atual art. 33 da Lei 11.343/2006] retirou o cloreto de etila do rol das substâncias entorpecentes, classificando-o como insumo químico. É certo que isso prevaleceu por curto espaço de tempo, ou seja, de 7 de dezembro a 15 de dezembro de 2000, quando republicada a resolução, cujos termos não permitem pese qualquer dúvida sobre o respectivo alcance, afastando-se, assim, a possibilidade de ter-se como ocorrido mero erro datilográfico. Dispõe o art. 1.º da citada resolução: ‘Art. 1.º Excluir o Cloreto de Etila da substda (*sic*) Lista F2 – Lista das Substâncias Psicotrópicas de Uso Proscrito no Brasil, da Portaria SVS/MS 344/99, de 12 de maio de 1998. Parágrafo único. Fica proibido o Cloreto de Etila para fins médicos’. Já o art. 2.º incluiu o cloreto de etila na lista D2, isto é, a lista de insumos químicos, utilizados como precursores para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos, da Portaria SVS/MS 344/98,

de 12 de maio de 1998, sujeitos ao controle do Ministério da Justiça (folha 91). Verificou-se a prática de ato jurídico que, em situação idêntica, levou esta Corte, mais precisamente a Segunda Turma, a deferir *habeas corpus*, constando da ementa: Penal – Tráfico ilícito de substância entorpecente – Lei 6.368/76, art. 36 [atual Lei 11.343/2006, art. 66] – Norma penal em branco – Portaria do DIMED do Ministério da Saúde, contenedora da lista de substâncias proscritas – Lança-perfume, cloreto de etila. (...) Vê-se, portanto, que a situação dos autos está coberta pelo precedente, variando tão-somente o ato praticado: nele foi a venda de lança-perfume, enquanto aqui o Paciente foi surpreendido no transporte de tal mercadoria” (HC 80.752-SP, rel. Marco Aurélio, 23.02.2001). E mais: “Lança-perfume – Resolução RDC 104 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que retirou o continente do cloreto de etila do rol de entorpecentes – Ocorrência de *abolitio criminis*” (TJSP, Ap. 332.626-3, 2.^a C., rel. Canguçu de Almeida, 15.05.2001, v. u., *JUBI* 61/01; HC 348.499-3, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 19.06.2001, v. u., *JUBI* 61/01). Em contrário: “Resolução RDC 104/2000 – *Abolitio criminis* – Inocorrência – Retirada por equívoco da lista de substâncias psicotrópicas – Reedição e republicação da norma para a inclusão – Episódio delituoso bem posterior àquele equívoco – Princípio *tempus regit actum* – Primeira edição, ademais, que não teve exequibilidade, ante a falta de referendo da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Artigos 11 e 13 do Decreto 3.029/99, que aprovou o regulamento da referida Agência – Ordem denegada” (HC 403.964-3/8, José Bonifácio, 4.^a C., rel. Hélio de Freitas, 19.12.2002, v. u., *JUBI* 80/03). Há uma regra que poderá auxiliar o intérprete, para verificar se o complemento é fundamental à compreensão da norma

ou não: quando o complemento da norma advier da mesma fonte legislativa que a própria lei penal em branco, a retroatividade benéfica é imperiosa. Excepcionalmente, pode-se encontrar norma penal em branco que admita as duas possibilidades: aplicação do art. 2.^o, tornando retroativo o complemento mais benigno, ou aplicação do art. 3.^o, tornando ultrativo o complemento mais prejudicial. Menciona o art. 268 do Código Penal: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. A norma é considerada em branco, pois depende de complemento, que é a “determinação do poder público” no cenário das doenças contagiosas. Caso exista a revogação da referida determinação, porque não se tratava de doença efetivamente contagiosa, é natural que haja a retroatividade benéfica para envolver todos aqueles que estiverem sendo processados – ou tiverem sido condenados – pelo delito, por terem infringido a determinação. Entretanto, caso ocorra a revogação da determinação do poder público, porque a doença contagiosa, que se propagava, cessou de fazê-lo, é certo que o complemento é ultrativo, isto é, aqueles que estiverem sendo processados por terem infringido a determinação devem continuar respondendo pela infração penal. Portanto, o complemento, quando é vago demais, necessitando-se analisar qual é a determinação do poder público e qual foi o motivo da sua revogação, dá margem a aplicações diversas.

34-A. Normas penais em branco, tipos penais remetidos e normas imperfeitas ou incompletas: em nosso entendimento, somente podem ser denominadas normas penais *em branco* aquelas que são específicas quanto à pena – jamais delegando a sua fixação abstrata a outro órgão legiferante que não seja penal – bem como indeterminadas

quanto ao seu conteúdo, que, entretanto, é encontrado em outra norma extrapenal, perfeitamente inteligível. Não consideramos normas penais em branco os chamados tipos penais remetidos, que, para sua integral compreensão, fazem menção a outra(s) norma(s) penal (penais), bastando que esta(s) seja(m) consultada(s) para aclarar a primeira. Como ensinam Maurach e Zipf, esses tipos penais possuem “maior complexidade externa”, mas não dependem de legislação fora do âmbito penal, logo, não são normas em branco (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 134). Nessa ótica, o art. 304 do Código Penal não é uma norma penal em branco, mas somente um tipo remetido: “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302. Pena – a cominada à falsificação ou à alteração”. Uma simples consulta aos referidos arts. 297 a 302 do mesmo Código esclarece perfeitamente o alcance da norma, que não é, pois, em branco. O art. 150 do Código Penal (violação de domicílio) prevê, no *caput*: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”; na sequência, entende por bem definir o que abrange a expressão *casa* (§ 4.º) e o que não abrange (§ 5.º), não a transformando, obviamente, em uma norma penal em branco. Qualquer norma explicativa, de conteúdo penal, não é suficiente para gerar a caracterização de norma em branco daquela para a qual a explicação é destinada. Veja-se o exemplo do art. 327 do Código Penal, definindo o conceito de funcionário público, para os efeitos penais. Não tem ela o condão de transformar todos os demais tipos do art. 312 ao art. 326 em normas penais em branco. Não nos parece, ainda, adequada a denominação de normas penais imperfeitas ou incompletas para as normas penais em branco ou para os tipos penais remetidos.

Respeitados os princípios da legalidade e da taxatividade, todo tipo penal há de ser completo e perfeito, sob pena de ser considerado, automaticamente, inconstitucional. Logo, se as normais penais em branco e os tipos remetidos forem tachados de imperfeitos ou incompletos, devem ser tidos por inconstitucionais, como, de fato, para alguns doutrinadores, eles o são. Soa-nos contraditório sustentar, ao mesmo tempo, que são as normas penais em branco e os tipos remetidos defeituosos ou imperfeitos, mas respeitam a legalidade e a taxatividade. Por todos os que assim pensam, confira-se Rogério Greco, *Curso de direito penal – Parte geral*, p. 26-27. As normas penais em branco apenas conferem a órgão legislador extrapenal a possibilidade de precisar o seu conteúdo, fazendo-o, por inúmeras vezes, com maior rigor e mais detalhes do que os denominados tipos abertos, que dependem da imprecisa e subjetiva interpretação do juiz. Estes seriam, em tese, mais “imperfeitos” do que as normas em branco. Em suma, normas penais, especialmente os tipos incriminadores, podem ser compostas de maneira complexa, mas nunca de modo imperfeito ou incompleto.

Tempo do crime³⁵

Art. 4.º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.³⁶⁻³⁷

35. Teorias sobre o tempo do crime:

a) teoria da atividade: reputa-se praticado o delito no momento da conduta, não importando o instante do resultado; b) teoria do resultado: considera-se cometido o crime no momento do resultado; c) teoria mista ou da ubiqüidade: o momento do crime pode ser tanto o da conduta, quanto o do resultado. Adotamos, segundo demonstra o art. 4.º, a teoria da atividade.

36. Alcance da teoria da atividade: serve para, dentre outros efeitos: a) determinar a imputabilidade do agente; b) fixar as circunstâncias do tipo penal; c) possibilitar eventual aplicação da anistia; d) dar oportunidade à prescrição. Adotando-se essa teoria, se houver, por exemplo, um homicídio (crime material), o mais importante é detectar o instante da ação (desfecho dos tiros), e não o momento do resultado (ocorrência da morte). Assim fazendo, se o autor dos tiros for menor de 18 anos à época dos tiros, ainda que a vítima morra depois de ter ele completado a maioridade penal, não poderá responder pelo delito.

37. Crimes permanentes e continuados: aplica-se a eles regra especial. No caso do crime permanente, a consumação se prolonga no tempo. É considerado *tempo do crime* todo o período em que se desenvolver a atividade delituosa. Assim, durante um seqüestro, pode ocorrer de um menor de 18 anos completar a maioridade, sendo considerado imputável para todos os fins penais. Nesse sentido: STJ: “O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma oculta, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioridade, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos” (REsp 900.509-PR, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 26.06.2007, v. u.). A mesma regra deve ser aplicada ao crime continuado, uma ficção jurídica idealizada para beneficiar o réu, mas que é considerada uma *unidade delitiva*. Segundo Jair Leonardo Lopes, “é aplicável a lei do momento em que cessou a continuação (...), pois é uma unidade jurídica incindível” (*Curso de direito penal*, p. 104). Quanto ao tempo, no entanto, há quem sustente que, por ser um benefício ao réu, não se deve aplicar a mesma regra do crime permanente. Ensina Delmanto:

“Também a norma penal nova mais grave só deverá ter incidência na série de crimes ocorridos durante sua vigência e não na anterior” (*Código Penal comentado*, p. 10). No tocante à imputabilidade penal, é preciso ressaltar, no caso de crime continuado, que as condutas praticadas pelo menor de 18 anos devem ficar fora da unidade delitiva estabelecida pelo crime continuado. Sendo este mera ficção para beneficiar o acusado, não deve se sobrepor à norma constitucional – afinal, o art. 228 da Constituição preceitua serem “penalmente imputáveis os menores de dezoito anos”. Assim, caso o agente de quatro furtos, por exemplo, possua 17 anos, quando do cometimento dos dois primeiros, e 18, por ocasião da prática dos dois últimos, apenas estes dois é que servirão para formar o crime continuado. Despreza-se o que foi cometido em estado de inimputabilidade. Fora dessa hipótese, que é excepcional, ao crime continuado devem ser aplicadas as mesmas regras regentes do crime permanente, quanto ao tempo do delito.

Territorialidade³⁸

Art. 5.º Aplica-se a lei brasileira,³⁹ sem prejuízo de convenções,⁴⁰ tratados⁴¹ e regras de direito internacional,⁴²⁻⁴⁸ ao crime cometido no território⁴⁹⁻⁵⁰ nacional.⁵¹⁻⁵⁷

§ 1.º Para os efeitos penais,⁵⁸ consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras,⁵⁹ de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo⁶⁰ correspondente ou em alto-mar.⁶¹

§ 2.º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial⁶² do Brasil.⁶³⁻⁶⁴

38. Conceito de territorialidade: é a aplicação das leis brasileiras aos delitos cometidos dentro do território nacional. Esta é uma regra geral, que advém do conceito de soberania, ou seja, a cada Estado cabe decidir e aplicar as leis pertinentes aos acontecimentos dentro do seu território.

39. Princípios que regem a aplicação da lei penal no espaço: a) territorialidade; b) defesa ou proteção (que leva em consideração a nacionalidade brasileira do bem jurídico lesado pelo delito); c) justiça universal ou cosmopolita (que tem em vista punir crimes com alcance internacional, como o genocídio); d) nacionalidade ou personalidade (leva em conta a nacionalidade brasileira do agente do delito); e) representação ou bandeira (que tem em consideração a bandeira brasileira da embarcação ou da aeronave privada, situada em território estrangeiro, conforme regra do art. 7.º, II, c, CP).

40. Conceito de convenção: ver a próxima nota.

41. Conceito de tratado: expõe a Convenção sobre Direito dos Tratados, finalizada em Viena, em 1969, como ensina Celso D. de Albuquerque Mello, que “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica” (*Curso de direito internacional público*, v. 1, p. 133). Para Francisco Rezek, trata-se de “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos” (*Direito internacional público*, p. 14). Debate-se, outrossim, se tratado e convenção são termos correlatos ou diferenciados, até porque os textos legais,

no Brasil, utilizam ambos, como é o caso do art. 5.º, *caput*, do Código Penal. Para Rezek são termos correlatos, indevidamente utilizados no mesmo contexto, dando a idéia de que cuidam de coisas diversas (ob. cit., p. 15). Em igual posicionamento: Luis Ivani de Amorim Araújo, *Curso de direito internacional público*, p. 33; G. E. do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly, *Manual de direito internacional público*, p. 23; Luiz P. F. de Faro Júnior, *Direito internacional público*, p. 402. Para Albuquerque Mello, no entanto, pode-se fazer a seguinte diferença entre ambos: “Tratado é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratados de paz; convenção é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial” (ob. cit., p. 133). A tradição dos textos legislativos brasileiros tem, realmente, utilizado os dois termos, razão pela qual nada impede que possamos nos valer do sentido exposto por Albuquerque Mello, embora cientes de que tratado é a essência do conceito. Em idêntico sentido, fazendo diferença entre tratado e convenção, confira-se a lição de Elio Monnerat Sólón de Pontes: tratados “são, sempre, solenes, formais e geralmente destinados a pôr termo ou a evitar uma grave situação atritiva entre dois ou mais países, os quais podem estar agrupados em duas partes antagônicas: ou litigantes ou conflitantes”; e convenções “são atos solenes e formais, cujos trabalhos de elaboração são abertos à participação de todos os países e cujo conteúdo se destina a todos os povos, tendo por finalidade a codificação das normas concernentes a um certo e determinado campo considerável de relações jurídicas que demande tal iniciativa” (A propósito dos atos internacionais e da prevalência das normas de direito interno dos mesmos decorrentes, p. 77). E, também, a posição de Oliveiros Litrento, *Curso de direito internacional público*, p. 108.

42. Regras de direito internacional: regem, ainda, o direito internacional, e, conseqüentemente, podem ser consideradas para a aplicação excepcional em território brasileiro, como prevê este inciso, as demais regras de direito internacional, não abrangidas pelos tratados, como os costumes – vigentes em muitos aspectos referentes ao domínio do mar, relativos à guerra e a outros conflitos –, os princípios gerais de direito internacional, aceitos pela maioria das nações, na aplicação do seu direito interno, além de se poderem incluir, ainda, as decisões tomadas pelas organizações internacionais. A respeito, ver Francisco Rezek, *Direito internacional público*, p. 122-146.

43. Exceção ao princípio da territorialidade: as convenções, tratados e regras de direito internacional representam a primeira exceção ao princípio-regra da territorialidade. Assim, se o Brasil subscrever um tratado internacional, abrindo mão da aplicação do princípio da territorialidade, é possível afastar a incidência do art. 5.º do Código Penal. Exemplo disso é a Convenção de Viena, que trata das imunidades diplomáticas, cujos detalhes serão analisados nas próximas notas. O diplomata que cometer um crime no Brasil não será preso, nem processado no território nacional, por força da exceção criada. Aliás, justamente por conta dessas exceções, chama-se o princípio de *territorialidade temperada*.

44. Fonte, significado e natureza jurídica das imunidades diplomáticas: a fonte das imunidades diplomáticas e consulares são as *Convenções de Viena* (1961, sobre relações diplomáticas, e 1963, sobre relações consulares), aprovadas pelos Decretos 56.435/65 e 61.078/67. A fonte histórica das imunidades diplomáticas está em Roma, porque os embaixadores eram tidos em grande honra, possuindo caráter religioso suas imunidades. Fazem com que os representantes diplomáticos de

governos estrangeiros gozem de imunidade penal, tributária (com exceções, tais como impostos indiretos incluídos nos preços) e civil (com exceções, tais como direito sucessório, ações referentes a profissão liberal exercida pelo agente diplomático fora das funções). A natureza jurídica é causa de exclusão da jurisdição.

45. Abrangência, extensão e exclusão da imunidade: a imunidade abrange os diplomatas de carreira (de embaixador a terceiro-secretário) e os membros do quadro administrativo e técnico (tradutores, contabilistas etc.) da sede diplomática, desde que recrutados no Estado de origem (extensiva à família – art. 37, 2, Convenção de Viena). Estende-se aos familiares dos diplomatas de carreira, que são todos os parentes que habitam com ele e vivem sob sua dependência econômica. Normalmente, os familiares são apresentados ao governo estrangeiro pela inclusão de seus nomes na lista diplomática, como preceitua a Convenção de Viena. Envolve, ainda, os familiares dos membros do quadro administrativo e técnico, os funcionários das organizações mundiais, quando estejam a serviço, os chefes de Estado estrangeiro e membros de sua comitiva, quando em visita a Estado estrangeiro (registre-se que, no tocante aos membros da comitiva, trata-se somente de um costume internacional a concessão de imunidade, uma mostra de amizade) e os diplomatas *ad hoc* (os nomeados pelo Estado acreditante para determinada função no Estado acreditado, tal como acompanhar a posse de algum Presidente da República). Excluem-se do contexto das imunidades os empregados particulares dos diplomatas (ex.: cozinheiro, faxineira, jardineiro etc.), mesmo que tenham a mesma nacionalidade. Entretanto, esses empregados gozam de isenção quanto aos impostos incidentes sobre seus salários, caso sejam estrangeiros.

Imunidade não quer dizer impunidade. A Convenção de Viena é expressa a esse respeito, demonstrando que os diplomatas devem ser processados, pelos crimes cometidos, nos seus Estados de origem.

46. Características das imunidades diplomáticas: a) *inviolabilidade pessoal*: os diplomatas não podem ser presos ou detidos, nem obrigados a depor como testemunhas, mas podem ser investigados pela polícia. O mesmo ocorre com o diplomata em trânsito, significando que desde o momento da saída do seu país de origem, para assumir sua função no exterior, até a sua volta, não pode ser preso, detido ou violado de qualquer modo; b) *independência*: são independentes em tudo o que se refere à sua qualidade de representantes de um Estado estrangeiro; c) *isenção da jurisdição criminal civil e tributária (com exceções nos dois últimos casos)*: quanto à imunidade penal, tem-se sustentado que ela não deve ser absoluta. Há países que prendem em flagrante o diplomata envolvido em tráfico de entorpecentes e em infrações aduaneiras, sem qualquer autorização do Estado de origem. Sustentam que esse tipo de atividade criminosa foge completamente à função de representação inerente à diplomacia; d) *inviolabilidade de habitação*: há muito não mais se consideram as sedes diplomáticas extensões do território alienígena. Portanto, a área de uma embaixada é território nacional, embora seja inviolável. A Convenção de Viena, no entanto, estabelece que a inviolabilidade da residência diplomática não deve estender-se além dos limites necessários ao fim a que se destina. Isso significa que utilizar suas dependências para a prática de crimes ou dar abrigo a criminosos comuns faz cessar a inviolabilidade. Além disso, podem as autoridades locais invadir a sede diplomática em casos de urgência, como a ocorrência de algum acidente grave; e) *dever de cumprimento das leis do Estado onde estão servindo*:

a atividade diplomática não lhes dá o direito de descumprir as regras do país estrangeiro. Ex.: nos EUA, os diplomatas pagam multas de trânsito. A imunidade tem início no momento em que o diplomata ingressa no país onde vai exercer suas funções e termina no instante em que o deixa (mesmo havendo rompimento de relações diplomáticas). Se morrer, sua família continua gozando da imunidade, até que deixe o país, ressalvada a hipótese da *imunidade em trânsito*.

47. Imunidades consulares: possuem imunidade, não estando sujeitos à jurisdição brasileira, os funcionários consulares de carreira, envolvidos aí os chefes da repartição consular, que são o *cônsul-geral*, o *cônsul*, o *vice-cônsul* e o *agente consular*, quando no exercício de suas funções. Não envolve a imunidade qualquer tipo de funcionário consular honorário, inclusive o *cônsul honorário*. Os funcionários do consulado devem ter a nacionalidade do Estado que os envia, salvo autorização expressa em outro sentido do Estado receptor. Assim, poderá haver a contratação de brasileiros para trabalhar em consulado estrangeiro, embora o Brasil possa retirar essa autorização a qualquer momento. Idêntica imunidade é garantida aos empregados consulares, que fazem parte do corpo técnico e administrativo do consulado. Não possuem imunidade penal os membros da família, nem os empregados pessoais, tendo em vista que não podem atuar, como prevê a Convenção, *no exercício da função*. Lembremos que os funcionários e empregados consulares somente estão isentos da jurisdição brasileira, mormente a penal, quando estiverem atuando em nome do Estado que os enviou. São funções consulares: a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional; b) fomentar o desenvolvimento das

relações comerciais, econômicas, culturais e científicas entre o Estado que envia e o Estado receptor e promover ainda relações amistosas entre eles, de conformidade com as disposições da presente Convenção; c) informar-se, por todos os meios lícitos, das condições e da evolução da vida comercial, econômica, cultural e científica do Estado receptor, informar a respeito o governo do Estado que envia e fornecer dados às pessoas interessadas; d) expedir passaportes e documentos de viagem aos nacionais do Estado que envia, bem como vistos e documentos apropriados às pessoas que desejarem viajar para o referido Estado; e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia; f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do Estado receptor; g) resguardar, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, os interesses dos nacionais do Estado que envia, pessoas físicas ou jurídicas, nos casos de sucessão por morte verificada no território do Estado receptor; h) resguardar, nos limites fixados pelas leis e regulamentos do Estado receptor, os interesses dos menores e dos incapazes, nacionais do país que envia, particularmente quando para eles for requerida a instituição de tutela ou curatela; i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil; j) comunicar decisões judi-

ciais e extrajudiciais e executar comissões rogatórias de conformidade com os acordos internacionais em vigor, ou, em sua falta, de qualquer outra maneira compatível com as leis e regulamentos do Estado receptor; k) exercer, de conformidade com as leis e regulamentos do Estado que envia, os direitos de controle e de inspeção sobre as embarcações que tenham a nacionalidade do Estado que envia, e sobre as aeronaves nele matriculadas, bem como sobre suas tripulações; l) prestar assistências às embarcações e aeronaves a que se refere a alínea “k” do presente artigo e também às tripulações; receber as declarações sobre as viagens dessas embarcações, examinar e visar os documentos de bordo e, sem prejuízo dos poderes das autoridades do Estado receptor, abrir inquéritos sobre os incidentes ocorridos durante a travessia e resolver todo tipo de litígio que possa surgir entre o capitão, os oficiais e os marinheiros, sempre que autorizado pelas leis e regulamentos do Estado que envia; m) exercer todas as demais funções confiadas à repartição consular pelo Estado que envia, as quais não sejam proibidas pelas leis e regulamentos do Estado receptor, ou às quais este não se oponha, ou ainda às que lhe sejam atribuídas pelos acordos internacionais em vigor entre o Estado que envia e o Estado receptor. A imunidade destina-se a proteger os funcionários consulares no exercício das suas funções, nos limites geográficos do distrito consular. De regra, eles não podem ser detidos ou presos preventivamente, salvo em caso de crimes graves, por ordem de autoridade judiciária. Podem ser convocados para prestar depoimento, salvo no que diz respeito a fatos relacionados ao exercício de suas funções, nem estão obrigados a exhibir documentos e correspondências sigilosas do consulado. Preferencialmente serão ouvidos no local do seu domicílio ou na repartição consular, podendo, inclusive, prestar de-

poimento por escrito. As sedes consulares são invioláveis somente na medida de sua utilização funcional, assim como seus arquivos e documentos. O adido consular é pessoa sem delegação de representatividade e, portanto, não tem imunidade.

48. Possibilidade de renúncia: a imunidade pode ser renunciada pelo Estado acreditante, mas jamais pelo diplomata. Ela pertence ao Estado e não ao indivíduo e precisa ser expressa (art. 32, 1, da Convenção de Viena). O mesmo ocorre no tocante aos funcionários e empregados consulares (art. 45, 1, da segunda Convenção de Viena). Cumpre destacar que, em qualquer situação, se o diplomata, o funcionário ou empregado consular ou o Estado estrangeiro for processado e não contestar a ação, havendo revelia, esta atitude não implica em renúncia à imunidade, como vem sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

49. Conceito de território e seus elementos: é todo espaço onde o Brasil exerce a sua soberania, seja ele terrestre, aéreo, marítimo ou fluvial. São elementos do território nacional: a) o solo ocupado pela nação; b) os rios, os lagos e os mares interiores; c) os golfos, as baías e os portos; d) a faixa de mar exterior, que corre ao largo da costa e que constitui o mar territorial; e) a parte que o direito atribui a cada Estado sobre os rios, lagos e mares contíguos; f) os navios nacionais; g) o espaço aéreo correspondente ao território; h) as aeronaves nacionais.

50. Rios, lagos e mares fronteiriços e sucessivos: são os situados na fronteira entre dois países, separando-os (chamados de simultâneos ou limítrofes). Cabe aos tratados ou convenções internacionais fixarem a quem pertencem. Se não houver acordo internacional, entende-se que a fronteira fica estabelecida na metade do leito. Ex.: rio Solimões, situado entre o Peru e a Co-

lômbia. Rios sucessivos ou interiores são os que passam pelo território de vários países. Ex.: rio Danúbio, que corta a Alemanha, a Áustria, a Eslováquia, a Hungria, a Iugoslávia, a Romênia, a Bulgária e a Ucrânia.

51. Direito penal internacional e direito internacional penal: deve-se diferenciar o *direito penal internacional*, disciplina jurídica que tem por finalidade determinar a norma aplicável à ação delituosa de um indivíduo quando afete a ordem jurídica de dois ou mais Estados, do *direito internacional penal*, ramo do direito internacional que trata da aplicação de penas a serem aplicadas aos Estados. A utilização da expressão “direito penal internacional” não conta com o apoio unânime da doutrina. Cerezo Mir a critica, dizendo que, na realidade, o que se chama de *direito penal internacional* não passa de um conjunto de normas de direito interno. Tal denominação necessitaria estar reservada à legislação penal de caráter internacional, emanada da comunidade internacional, que pudesse ser aplicada diretamente aos cidadãos de todas as nacionalidades. Seriam normas que tutelariam os interesses fundamentais da comunidade internacional, aplicadas por tribunais internacionais (*Curso de derecho penal español*, v. 1, p. 208). A mesma ressalva faz Jiménez de Asúa (*Lecciones de derecho penal*, p. 103). Cremos ser pertinente a observação formulada. O correto seria reservar a expressão “direito penal internacional” para a aplicação de uma legislação penal universal, cabível a cidadãos de várias nacionalidades, que cometessem delitos de interesse global, afetando a ordem jurídica de várias nações. Quanto às normas de direito interno, determinando ser ou não aplicável a lei brasileira ao sujeito que praticou o delito fora das fronteiras nacionais ou àquele que deu início à execução do crime no exterior, findando-o no Brasil (ou vice-versa), devemos denominar

apenas “aplicação da lei penal no espaço”, mas sem a denominação de “direito penal internacional”. E continuaríamos usando a expressão “direito internacional penal” para o contexto das nações que praticam crimes contra outras, como ocorreu, recentemente, no caso da Sérvia, acusada de ter praticado genocídio contra a Bósnia.

52. Imunidades parlamentares: constituem outras exceções à regra da aplicação da lei penal a todo crime ocorrido em território nacional. Essas, no entanto, são previstas na Constituição Federal.

53. Fonte e espécies de imunidades parlamentares: trata-se de direito público interno. As imunidades parlamentares são essenciais ao correto desempenho do mandato, pois asseguram ao congressista absoluta liberdade de ação, através da exposição livre do seu pensamento, das suas idéias e, sobretudo, do seu voto. Livrando-se de determinados procedimentos legais, o parlamentar pode defender melhor o povo, que o elegeu e que é por ele representado. É antiga a origem da imunidade, remontando à Idade Média, na sua forma mais definida. Na conceituação de Pinto Ferreira, a imunidade parlamentar “é a prerrogativa ou o privilégio outorgado a cada um dos membros do Congresso para gozar da mais ampla liberdade de palavra, em tudo o que seja relativo ao desempenho do seu mandato, garantindo-o contra qualquer coação ou abuso dos demais poderes” (*Princípios gerais do direito constitucional moderno*, p. 497). Inúmeros Estados estrangeiros a utilizam, embora possam variar a sua forma de aplicação e a sua extensão. Nos Estados Unidos, a imunidade material dá-se unicamente no recinto do Congresso, enquanto a imunidade processual começa antes das sessões e termina logo após, abrangendo o tempo necessário que o congressista deve ter para vir de seu domicílio ao Parlamento

e para deste voltar à sua casa. Na Alemanha, vige a imunidade material, exceto quanto a ofensas caluniosas. No mais, pode-se prender o parlamentar, embora o Congresso possa soltá-lo, necessitando-se de licença para processá-lo. Os sistemas francês e italiano são bem similares ao brasileiro. São espécies de imunidades parlamentares: a) substantiva (material, absoluta, real ou irresponsabilidade legal), que é um privilégio de direito penal substantivo e visa assegurar a liberdade de palavra e de debates; b) processual (formal ou relativa), que é um privilégio de natureza processual e tem por fim garantir a inviolabilidade pessoal, evitando que o parlamentar seja submetido a processos tendenciosos ou prisões arbitrárias.

54. Natureza jurídica da imunidade substantiva: divide-se a doutrina em três grupos principais: *grupo 1: excludente do crime:* a) causa de exclusão do crime (Nelson Hungria, Pontes de Miranda, José Celso, Nilo Batista, Manzini, Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior); b) causa que se opõe à formação do crime (Basileu Garcia); c) causa de exclusão da criminalidade (Vicente Sabino Jr.); d) causa de exclusão da tipicidade (Cernicchiaro, José Afonso da Silva); e) causa de exclusão da antijuridicidade por exercício regular de direito (Pedro Aleixo, Jimenez de Asúa, Silvio Ranieri); *grupo 2: excludente de pena:* a) causa pessoal de exclusão de pena ou condição negativa de punibilidade do fato, havendo ilicitude do fato, mas sem aplicação da sanção (Heleno Fragoso); b) causa funcional de isenção ou exclusão de pena (Damásio, Roque de Brito Alves); c) causa pessoal e funcional de isenção de pena (Aníbal Bruno); d) causa de exclusão da pena (Jair Leonardo Lopes); *grupo 3: causa de incapacidade penal:* a) causa de incapacidade penal por razões políticas (Frederico Marques); b) causa de irresponsabilidade (Magalhães Noronha, Carlos Maximiliano,

Manoel Gonçalves Ferreira Filho). Posicionamo-nos pela causa excludente do crime, por exclusão da tipicidade. Diz a Constituição que o parlamentar é inviolável por suas opiniões, palavras e votos, de forma que suas manifestações são sempre penalmente lícitas. Como bem explica Luiz Vicente Cernicchiaro, nem mesmo se pode considerar um fato típico o que o congressista fala, já que a lei ordinária não pode considerar um *modelo legal de conduta proibida* o que a própria Constituição Federal diz ser inviolável, vale dizer, acima da ação da Justiça. E reiteram os constitucionalistas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior que “a incidência do comando imunitário afasta a incidência penal. Em outras palavras, o comando imunitário exclui a responsabilidade penal dos parlamentares por eventuais condutas típicas que virtualmente teriam sido levadas a efeito por opiniões, palavras ou votos” (*Curso de direito constitucional*, 3. ed., p. 268). Nessa ótica: STF: “O Tribunal, por maioria, rejeitou queixa-crime em que se imputava a Senador a prática dos delitos de calúnia e difamação, previstos nos arts. 20 e 21 da Lei 5.250/67 (Lei da Imprensa) [ver ADPF 130-7, em andamento no STF], em virtude de entrevista publicada em jornal, na qual o querelado teria feito acusações ofensivas à honra subjetiva do querelante e a sua dignidade funcional. Entendeu-se que tais declarações, por terem sido proferidas pelo querelado na qualidade de Presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, sendo alusivas a denúncias de tortura sob investigação pelo Ministério Público, estariam cobertas pela imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 53). Ressaltou-se não ser cabível indagar-se sobre nenhuma qualificação penal do fato objetivo se ele está compreendido na área da inviolabilidade. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que julgava improcedente o pedido formulado na queixa-crime, por

considerar que o fato narrado não consubstanciava crime, asseverando a necessidade de se analisar, primeiramente, se o fato atribuído ao parlamentar constitui ou não crime para, em seguida, em caso positivo, adentrar-se no campo da imunidade. O Min. Cezar Peluso acompanhou a conclusão do Min. Sepúlveda Pertence por fundamento diverso. Afirmando ser necessário examinar a tipicidade ou não do fato antes de se cogitar da imunidade, rejeitou a queixa-crime por falta de justa causa, ante a absoluta irrelevância do fato descrito” (Inq. 2282/DF, Plenô, rel. orig. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Sepúlveda Pertence, 30.06.2006, *Informativo* 434, grifos nossos).

55. Características da imunidade substantiva: a fonte legislativa é a Constituição Federal, no art. 53, *caput*: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Não respondem pelos crimes de palavra, ou seja, aqueles que envolvem a opinião (crimes contra a honra, apologia de crime e incitação ao crime). Parte da doutrina entende que a imunidade substantiva é absoluta, sem qualquer tipo de restrição. Nesse sentido ensina Mirabete que, “ao contrário do preceito constitucional anterior, não é necessário que, por ocasião do fato, o congressista se encontre no exercício de suas funções legislativas ou que a manifestação que constitui ilícito penal verse sobre matéria parlamentar” (*Manual de direito penal*, v. 1, p. 80). Em *sentido oposto*, no entanto, estão outros doutrinadores, sustentando que a imunidade substantiva se restringe à atividade parlamentar, portanto, é restrita. Nas palavras de Fragoso, temos: “A inviolabilidade, por óbvio, não abriga manifestações do parlamentar estranhas à sua atividade como membro do Legislativo, significando a atividade do congressista, na Casa do Congresso a que pertence, ou

em missão oficial, por determinação dela. A reprodução do discurso em outro lugar ou sua divulgação em impresso não está coberta pela inviolabilidade” (*Lições de direito penal*, parte geral, p. 130). É, para nós, a melhor posição, a fim de não se permitir que o parlamentar exceda os limites do seu mandato, visto que a imunidade é um resguardo à democracia em última análise e não um manto protetor de ofensas pessoais sem qualquer vínculo com a atividade política. O Supremo Tribunal Federal tem-se inclinado por esta última posição. É preciso, pois, que a manifestação do parlamentar, ainda que produzida fora do recinto do Congresso, guarde relação com o exercício do mandato (Inquérito 681, Pleno, rel. Celso de Mello, *DO* 22.04.1994, p. 8.941. No mesmo sentido: *RTJ* 131/1039, 135/509; *RT* 648/318). A imunidade substantiva não abrange a propaganda eleitoral, embora a processual continue atuante. Assim, o parlamentar-candidato, que ofenda outro, não tem imunidade substantiva, mas somente processual. Envolve, no entanto, injúrias previstas na Lei de Segurança Nacional e na Lei de Imprensa [ver ADPF 130-7, em andamento no STF]. Outra questão controversa é saber se o parlamentar afastado de suas funções em virtude do exercício de outro cargo público, tal como Secretário ou Ministro de Estado, permanece com sua imunidade. Vem entendendo o Supremo Tribunal Federal que sim, desde que a manifestação guarde relação com o exercício do mandato (Inquérito 925, Pleno, rel. Maurício Correa, *DO* 15.08.1997, p. 37.038; Inquérito 874, Pleno, rel. Carlos Velloso, *DO* 26.05.1995, *Lex* 209/371), embora não seja a posição majoritária adotada pela doutrina. Por todos, com o que concordamos, cite-se Alexandre de Moraes: “Afastando-se, voluntariamente, do exercício do mandato, para ocupar cargo no Poder Executivo, o parlamentar não leva a prerrogativa confe-

rida ao Poder Legislativo e, por via reflexa, a seus membros, no desempenho das funções específicas. Nem seria possível entender que, na condição de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, continuasse inviolável, por suas opiniões, palavras e votos, ou com a isenção de ser preso ou processado criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, de modo diverso, assim, do que sucede com os altos dignitários do Poder Executivo, que veio integrar, deixando de exercer a função legislativa” (*Direito constitucional*, 7. ed., p. 400). A imunidade substantiva abrange apenas as matérias penal e civil, de modo que o parlamentar não pode ser, de qualquer forma, processado, conforme vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Atualmente, com a nova redação dada ao *caput* do art. 53 da Constituição Federal (Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001), ficou clara a intenção de circunscrever a imunidade substantiva aos aspectos civil e penal. Não envolve, pois, o caráter disciplinar, podendo o parlamentar perder o mandato caso se exceda em ofensas, por exemplo, a outros colegas ou instituições. Aplica-se o art. 55, II, da CF (quebra de decoro parlamentar). Nesse prisma, há acórdão determinante: STF: “A inviolabilidade parlamentar alcança, também, o campo da responsabilidade civil. Precedente do STF: RE 210.917-RJ, rel. Sepúlveda Pertence, Pleno, v. u., 12.08.1998” (RE 220.687-MG, 2.ª T., rel. Carlos Velloso). A imunidade pertence ao Parlamento e não ao congressista, de modo que é irrenunciável. Diz Celso de Mello que a imunidade é “prerrogativa de caráter institucional, inerente ao Poder Legislativo, que só é conferida ao parlamentar *ratione muneris*, em função do cargo e do mandato que exerce. É por essa razão que não se reconhece ao congressista, em tema de imunidade parlamentar, a faculdade de a ela renunciar. Trata-se de

garantia institucional deferida ao Congresso Nacional. O congressista, isoladamente considerado, não tem, sobre ela, qualquer poder de disposição” (STF, Inquérito 510-DF, Pleno, RTJ 135/509). Acrescente-se a isso não poder o Congresso renunciar à imunidade substantiva, salvo alterando a Constituição Federal. Quanto à imunidade processual, ver a próxima nota. Por outro lado, de acordo com a Súmula 245 do STF, a imunidade parlamentar não se estende a co-réu sem essa prerrogativa. Inicia-se a imunidade a partir da expedição do diploma e segue até o término do mandato. Se um indivíduo estiver sendo processado em 1.^a instância pela prática de um crime, investido na função de parlamentar federal, o processo deve ser imediatamente remetido ao Supremo Tribunal Federal, que comunicará à Casa Legislativa pertinente (Câmara dos Deputados ou Senado Federal), para os fins previstos no art. 53, §§ 3.^o e 4.^o, da CF. Findo o mandato, os autos retornam à Vara de origem para seguimento, caso ainda não tenha sido julgado pelo STF. Entretanto, se o crime for cometido durante o exercício do mandato, não se tratando de imunidade absoluta ou substantiva, e o processo ficar paralisado no STF, por falta de autorização da Casa Legislativa, conforme explicaremos na nota seguinte, quando houver o término do mandato, o ex-parlamentar será processado por Vara Criminal comum, pois foi revogada a Súmula 394, que previa a perpetuação do foro privilegiado, bem como foi considerado inconstitucional o disposto no art. 84, § 1.^o, do CPP (modificado pela Lei 10.628/2002): STF, ADIn 2.797/DF e ADIn 2.860/DF, rel. Sepúlveda Pertence, 15.09.2005, *Informativo* 401. Ver, também, a nota 5-B ao art. 84, § 1.^o, do nosso *Código de Processo Penal comentado*.

56. Características da imunidade processual: diz o art. 53, § 2.^o, da CF: “Des-

de a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão” (nova redação dada pela Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001). São crimes inafiançáveis os previstos no art. 323 do Código de Processo Penal, além do racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, crimes hediondos e ações de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.^o, XLII, XLIII e XLIV, CF). Caso o parlamentar seja preso, a autoridade deve enviar os autos de prisão em flagrante para sua respectiva Casa, em 24 horas, a fim de que esta delibere a respeito de sua prisão, por maioria absoluta, autorizando ou não a formação de culpa. Retirou-se do texto constitucional que a votação seria secreta. Logo, o correto é que seja aberta. A partir de agora, apresentada denúncia ou queixa contra parlamentar, o Tribunal competente pode recebê-la e, em se tratando de crime cometido *após* a diplomação, será dada ciência à Casa Legislativa respectiva. Esta, por sua vez, pelo voto da maioria dos seus membros, havendo a provocação de partido político nela representado, pode sustar o andamento do processo, desde que não tenha havido decisão com trânsito em julgado (art. 53, § 3.^o, CF). Tem a Casa o prazo improrrogável de 45 dias para deliberar sobre a eventual sustação do feito (art. 53, § 4.^o, CF). É indiscutível que a modificação merece aplausos e somente confere maior moralidade e transparência ao Poder Legislativo brasileiro. Havendo a sustação, a prescrição será suspensa (art. 53, § 5.^o, CF). O início da suspensão da prescrição ocorre a partir da decisão proferida pela Câmara ou pelo Senado. O foro

competente para julgar os parlamentares federais é o Supremo Tribunal Federal (art. 53, § 1.º, CF). Se o congressista que estiver respondendo a processo criminal for definitivamente condenado, poderá perder o mandato (art. 55, VI, CF). Prevalece, ainda, no contexto das imunidades o sigilo parlamentar, que é a impossibilidade de obrigar o congressista “a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações” (art. 53, § 6.º, CF). Há, ainda, a garantia de ser o parlamentar ouvido em lugar previamente agendado com o juiz, quando for testemunha, não cabendo qualquer tipo de condução coercitiva. A imunidade subsiste no estado de sítio e somente pode ser suspensão pelo voto de dois terços dos membros da Casa respectiva (art. 53, § 8.º, CF). A imunidade processual não impossibilita a investigação policial, de forma que o Parlamento não pode sustar o curso de inquérito contra qualquer de seus membros. Entretanto, a investigação contará com a supervisão de Ministro do STF, cuidando-se de parlamentar federal. Sustenta Celso de Mello que “o membro do Congresso Nacional – Deputado Federal ou Senador da República – pode ser submetido a investigação penal, mediante instauração de Inquérito Policial perante o Supremo Tribunal Federal, independentemente de prévia licença da respectiva Casa legislativa. A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido formal somente tem incidência em juízo, depois de oferecida a acusação penal” (STF, Inquérito 1.504-DF, 17.06.1999, *DO* 28.06.1999, p. 25).

57. Outras imunidades – deputado estadual, vereador, advogado, prefeito: os deputados estaduais possuem as mesmas imunidades que os parlamentares federais, conforme preceitua o art. 27, § 1.º, da Cons-

tituição Federal. Isto significa que podem ser processados sem autorização da Assembleia Legislativa do seu Estado, em qualquer tipo de crime, inclusive federal ou eleitoral, mas o processo pode ser sustado pelo voto da maioria do Parlamento, caso haja a provocação de algum partido político nela representado. Caso cometam delito da competência da Justiça Federal, devem ser processados pelo Tribunal Federal Regional. Se o delito for da esfera eleitoral, serão processados no Tribunal Regional Eleitoral. Portanto, não há mais aplicação para a Súmula 3 do STF, que advém de época anterior à Constituição Federal de 1988 (“A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado”). Nesse sentido: STF: RE 45.6679/DF, Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, 15.12.2005, *Informativo* 413. Os vereadores possuem somente imunidade substantiva, desde que no exercício do mandato e na circunscrição do seu Município (art. 29, VIII, CF). Eles não têm imunidade processual, nem foro privilegiado (STJ, HC 3.891/RS, 6.ª T., rel. Pedro Aciole, 15.12.1994, v. u.; *RT* 707/394, 741/554). Há *polêmica* quanto ao requisito relativo à circunscrição do seu Município: 1.ª) entende Hely Lopes Meirelles que, estando o vereador fora do seu Município, mas tratando de assuntos a ele relativos, pode a imunidade estabelecer-se. *In verbis*: “O espírito do Constituinte federal foi o de conceder plena liberdade ao Vereador na manifestação de suas opiniões sobre os assuntos sujeitos à sua apreciação, como agente político investido de mandato legislativo local. Dessa forma, ainda que esteja fora do território do seu Município, mas no exercício do seu mandato, como representante do Legislativo municipal, deve gozar dessa prerrogativa ao manifestar sua opinião, palavra ou voto” (*Direito municipal brasileiro*, p. 454). Igualmente, encontra-se a posição de Alberto Zacharias Toron,

para quem o critério material há de preponderar sempre sobre o formal (circunscrição do município) (*Inviolabilidade penal dos vereadores*, p. 390); 2.^a) em sentido contrário, com o que concordamos plenamente, está a posição de José Afonso da Silva: “Representar o Legislativo fora, só por si, não caracteriza exercício do mandato” (*Manual do vereador*, p. 84). Em nosso entendimento, o vereador, por não ser parlamentar federal ou estadual, não deve ocupar-se de assuntos que não digam respeito ao seu município; logo, a sua liberdade de pensar e, conseqüentemente, manifestar-se deve estar vinculada à região onde atua. O vereador de um pequeno município não tem de emitir opiniões sobre o governo federal ou estadual, *resguardado pela imunidade material*, porque não lhe concernem tais temas políticos. Se quiser, pode fazê-lo como qualquer outro cidadão, responsabilizando-se pelo que disser. Sua atividade, em outras palavras, quando pertinente ao exercício de seu mandato, *na sua cidade*, merece proteção, pois é para tal mister que foi eleito. No mais, parece-nos largueza abusiva a permissão de falar, com imunidade material, onde quer que esteja. E se o vereador de uma cidade estiver em outro município, por qualquer razão, não está em atividade concernente ao seu mandato, pois este somente se realiza como tal no lugar onde foi eleito. Possuem os vereadores, no entanto, direito à prisão especial, de acordo com a Lei 3.181/57, que deu nova redação ao art. 295, II, do Código de Processo Penal. O reconhecimento da imunidade substantiva do vereador vem sendo feito pelos Tribunais Superiores, ainda que em casos extremos. Mencione-se como exemplo o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “O paciente, que é vereador, utilizou-se da Tribuna da Câmara Municipal para fazer apologia de extermínio de meninos de rua (...). Não resta dú-

vida de que o paciente pregou sua sandice, própria de mente vazia, mas, mesmo assim, não se pode falar tenha ele cometido o crime. Há inviolabilidade” (HC 3.891-RS, 6.^a T., rel. Pedro Acioli, 15.12.1994, v. u.). Na doutrina, confira-se a referência de Torron: “Se o próprio Supremo Tribunal Federal afirma que a imunidade material dos vereadores é absoluta quando a opinião for expressa da Tribuna da Câmara, ainda que se possa discordar desse entendimento, parece forçoso concluir que não há razão para se excluir a aplicação da inviolabilidade quando preenchidos os pressupostos do art. 29 da Constituição Federal, isto é, ser a opinião expressa no exercício do mandato e dentro da circunscrição do Município. Exigências outras, referidas ao dolo do agente ou à razoabilidade da manifestação, aliás nunca aventadas quando se trate de Congressista, pois, ao que tudo indica, a imunidade formal até então impedia este tipo de discussão, revelam-se descabidas” (ob. cit., p. 375-376). O Estatuto da Advocacia pretendeu estabelecer a imunidade substancial para o exercício da profissão (chamada imunidade profissional), por ocasião da edição da Lei 8.906/94. Diz o art. 2.^o, § 3.^o, da referida lei: “No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei”. Em seguida, o art. 7.^o, § 2.^o, preceitua que “o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”. Além disso, em matéria processual, estipula o § 3.^o do art. 7.^o que “o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo”. O inciso IV preceitua

que o flagrante deve ser lavrado com a presença de representante da OAB, pena de nulidade, quando ligado à profissão, e, nos demais casos, comunicação expressa à seccional da OAB. Tão logo foi promulgada a lei, a Associação dos Magistrados Brasileiros ingressou com ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, com referência a vários dispositivos do novo Estatuto da Ordem. Foi concedida medida liminar, suspendendo a eficácia da expressão “ou desacato”, prevista no art. 7.º, § 2.º, bem como, integralmente, o disposto no inciso IV, do mesmo artigo. No mérito, confirmou-se a referida liminar apenas no tocante à expressão “ou desacato” (ADIn 1127-DF). Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado restritivamente a imunidade no tocante à injúria e à difamação, argumentando que, a prevalecer o conteúdo literal do Estatuto, estar-se-ia criando um privilégio e não uma imunidade – afinal, das carreiras jurídicas seria a única atividade que possuiria imunidade substantiva. Se a Constituição Federal diz que todos são iguais perante a lei e juízes e promotores, igualmente agentes da Justiça, não possuem referida imunidade, é natural que ela não possa ser aplicada exclusivamente aos advogados. Outro argumento contra a imunidade substantiva é que o Estatuto, lei ordinária, estaria negando vigência à proteção constitucional da honra, já que condutas criminosas que ofendessem esse direito individual seriam imunes à ação penal. Finalmente, o terceiro argumento concentra-se no fato de se estar criando, no Brasil, um “tribunal de exceção”, pois a OAB teria ficado encarregada de apreciar os eventuais “excessos cometidos” nas manifestações dos advogados, mesmo que causem lesões a direitos de terceiros. Ora, se “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, CF), logo

não é possível que a Ordem dos Advogados seja o órgão competente para avaliar tais condutas. Ensina Assis Toledo que “seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores. O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra, em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas” (STJ, HC 4.889, 5.ª T., 02.10.1995, v. u.). No mesmo prisma, pronunciou-se o Ministro Vicente Leal (STJ, RHC 7.829-SP, 6.ª T., 06.05.1999, DO 07.06.1999, p. 131). Diz a Constituição Federal, no art. 133, que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Portanto, continuam os advogados com a imunidade judiciária prevista no art. 142, I, do Código Penal. Quanto aos prefeitos, deve-se ressaltar que eles não têm imunidade, mas somente prerrogativa de foro, adquirida após a Constituição de 1988, só podendo ser julgados pelo Tribunal de Justiça. Para receber denúncia contra Prefeito é preciso manifestação do Órgão Especial e não somente do relator do processo.

58. Território brasileiro por equiparação: há duas situações: a) embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro *onde estiverem*. Ex.: o interior de um navio militar brasileiro ancorado num porto estrangeiro é considerado território nacional por equiparação. Nesse sentido, reiterando o preceituado no Código Penal está o disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica, que menciona, no art. 107, § 3.º, o seguinte: “As aeronaves públicas são as destinadas

ao serviço do Poder Público, inclusive as requisitadas na forma da lei; todas as demais são aeronaves privadas”; b) embarcações e aeronaves brasileiras, de propriedade privada, que estiverem navegando em alto-mar ou sobrevoando águas internacionais.

59. Competência para o julgamento de crimes cometidos a bordo de embarcações e aeronaves: é da Justiça Federal (art. 109, IX, CF) do local onde primeiro pousar a aeronave após o delito (ou da comarca de onde houver partido), conforme art. 90 do CPP. Vale ressaltar ter havido divergência no Supremo Tribunal Federal em caso de apreensão de drogas ilícitas, quando os agentes já estavam em solo, no aeroporto de Brasília, porém em conexão para um voo entre Cuiabá e São Paulo. Prevaleceu o entendimento de que a competência seria da Justiça Estadual, pois a referência feita pela Constituição, fixando a competência da Justiça Federal, ter-se-ia voltado à aeronave em voo pelo espaço aéreo brasileiro, uma vez que, nessa situação, não se saberia ao certo onde o crime se deu. Estando a aeronave em solo e os agentes, igualmente, fora dela, incompetente a Justiça Federal (RE 463500-DF, 1.^a T., redator p/o acórdão Marco Aurélio, 04.12.2007, m. v.). Quanto às embarcações, o STJ tem dado uma interpretação restritiva ao seu conceito, pois a Constituição Federal menciona a palavra “navio”. Entende-se por esse termo a embarcação de grande porte, autorizada e adaptada para viagens internacionais (STJ, 3.^a Seção, rel. Vicente Leal, *RT* 729/509). Portanto, é da competência da Justiça Estadual a punição de crimes cometidos a bordo de iates, lanchas, botes e embarcações equiparadas (STF, Conflito 4.945-PA, 2.^a T., rel. Thompson Flores, 03.03.1969, v. u.). Apesar de antiga, continua a ser a posição da Suprema Corte. No tocante à aeronave, não há interpretação restritiva (STJ, HC 6.083, 5.^a T., rel. José Dantas, 07.04.1998, v. u.).

60. Espaço aéreo: quanto ao espaço aéreo, compreende todo o espaço acima do território, inclusive do mar territorial, até o limite da atmosfera. Não existe, nesse caso, o direito de *passagem inocente* e tudo é devidamente regulado por tratado. Na realidade, as aeronaves privadas podem passar, desde que informem previamente a sua rota (art. 14, § 2.^o, Código Brasileiro de Aeronáutica). Quanto às aeronaves militares ou a serviço de governo estrangeiro, a passagem pelo espaço aéreo nacional somente pode ser realizada se houver *prévia* autorização (art. 14, § 1.^o, do mesmo Código). Para tanto, é imprescindível que toda aeronave tenha uma bandeira, seja ela pública ou privada, pois, do contrário, há possibilidade de ser derrubada pelo governo estrangeiro, caso penetre no seu espaço aéreo. No contexto do espaço aéreo, vigora o sistema das cinco liberdades, sendo duas técnicas e três comerciais: a) *direito de sobrevoo do território*, embora possa haver proibição sobre determinadas áreas, mas sem discriminação; b) *direito a escala técnica*: em caso de pouso necessário e imperioso; c) *direito de desembarcar passageiros e mercadorias vindas do Estado patrial da aeronave*; d) *direito de embarcar passageiros e mercadorias com destino ao Estado patrial da aeronave*; e) *direito de embarque e desembarque, em seu território, de passageiros e mercadorias com destino ou provenientes de qualquer país do mundo* (depende de ajuste especial). Como exemplo de acordo que prevê as cinco liberdades, pode-se citar Brasil-Argentina. A invasão ao espaço aéreo é considerada ato grave, passível de derrubada da aeronave, embora esteja sujeito a abusos. A história demonstra a ocorrência de eventos trágicos nesse sentido: a) o Boeing 747 da *Korean Airlines*, em setembro de 1983, sobrevoando a União Soviética, foi derrubado – no acidente, 269 civis morreram; b) em julho de 1988, o

Airbus da Iran Air sobrevoava o Estreito de Ormuz e foi abatido pela aviação americana, que estava bem longe do seu espaço aéreo, causando a morte de 290 civis, inclusive 66 crianças; c) no mês de janeiro de 1992, um Cessna brasileiro foi abatido pela Guarda Nacional venezuelana. Por isso, a fim de evitar a morte de inocentes, várias nações assinaram o *Protocolo de Montreal*, em 1984, fixando não ser ilimitado o uso da força para assegurar o espaço aéreo, devendo ser respeitada, em primeiro lugar, a vida humana. Está em vigor, no Brasil, cuidando do espaço aéreo, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), substituto do Código Brasileiro do Ar. Quanto ao espaço cósmico, existe o Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico – inclusive a Lua e outros corpos celestes –, aprovado pelo Decreto 64.362/69. Diz o acordo internacional que a exploração e o uso do espaço cósmico deve ter em mira o interesse de todos os países, além do que pode ser explorado e utilizado livremente por todos os Estados sem qualquer discriminação, em condições de igualdade e em conformidade com o direito internacional, devendo haver liberdade de acesso a todas as regiões dos corpos celestes (art. 1.º). O espaço cósmico não pode ser objeto de apropriação nacional por proclamação de soberania, por uso ou ocupação, nem por qualquer outro meio (art. 2.º).

61. Correção da parte final do parágrafo: deve-se fazer a seguinte inversão na segunda parte da norma penal: “... bem como as embarcações e aeronaves brasileiras, (...) que se achem, respectivamente, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente”. Aliás, essa alteração tem cabimento não somente para dar sentido ao texto, mas porque assim consta no atual Código Brasileiro de Aeronáutica (art. 3.º, II), lei mais recente.

62. Mar territorial brasileiro: quanto ao mar territorial, antigamente vigorava a regra do alcance do tiro de canhão, pois a soberania terminava onde o Estado se tornava impotente para fazer-se respeitar pela força das armas. Dizia Grotius que o mar territorial deveria ir “até onde o Estado marginal pudesse tornar efetiva e eficaz a sua autoridade e posse pelos canhões colocados à praia” (menção de Pinto Ferreira, *Teoria geral do estado*, p. 123). Até a década de 50, o Brasil possuía 3 milhas. Pelo Decreto-lei 44/66, ampliou-se o mar territorial para seis milhas e, posteriormente, pelo Decreto-lei 1.098/70, estendeu-se para duzentas milhas. Nessa época, o mesmo critério de ampliação foi utilizado pelos seguintes países: Argentina, Chile, Peru, Equador, Uruguai, Costa Rica, São Salvador e Panamá. Atualmente, a Lei 8.617/93 fixa as regras para o mar territorial brasileiro. Essa norma é fruto do disposto na *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar* (aberta a assinatura em Montego Bay, Jamaica, a partir de 10 de dezembro de 1982), que foi ratificada pelo Brasil. O mar territorial do Brasil, onde o Estado exerce soberania absoluta, possui 12 milhas. Nesse espaço, aplica-se a lei penal pátria. Além disso, na referida lei de 1993, há também a *Zona Contígua*, que vai das 12 às 24 milhas, servindo para fiscalização sobre assuntos aduaneiros, fiscais, sanitários ou sobre matéria referente à imigração. Por fim, prevê-se, também, a *Zona Econômica Exclusiva*, que abrange o espaço compreendido das 12 às 200 milhas. Nessa área, o Brasil pode explorar, sozinho, todos os recursos naturais possíveis. O art. 8.º da Lei 8.617/93 faz referência a “exercício de jurisdição” nesse espaço de 188 milhas, embora o direito de soberania seja exclusivamente para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não-vivos, das

águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades visando à exploração e ao aproveitamento da zona para finalidade econômica. Dentro das 12 milhas, onde o Brasil tem soberania absoluta, existe a possibilidade da *passagem inocente*, significando a rápida e contínua travessia de barcos estrangeiros por águas nacionais, sem necessidade de pedir autorização ao governo. Ressalte-se que as ilhas brasileiras (ex.: Fernando de Noronha) também possuem o mar territorial de 12 milhas.

63. Réu, vítima e navio estrangeiros em águas brasileiras: competente é a Justiça Federal brasileira do porto onde primeiro tocou após o crime (STF, RHC 46467-GB, 2.^a T., rel. Thompson Flores, 13.06.1969, v. u.). Continua a ser a posição do Supremo Tribunal Federal, a despeito de antigo o acórdão).

64. Conflito do disposto neste artigo com a Convenção de Tóquio: em 14 de setembro de 1963, o Brasil subscreveu a Convenção de Tóquio, que cuida das infrações praticadas a bordo de aeronaves, aprovada pelo Decreto-lei 479/69. Pelo texto da Convenção, aplica-se a lei do Estado de matrícula da aeronave, com relação a todas as infrações penais praticadas a bordo nas seguintes situações: a) aeronave em vôo sobre qualquer território estrangeiro; b) aeronave em vôo sobre a superfície de alto-mar; c) aeronave em qualquer outra zona fora do território de um Estado. Segundo o art. 4.^o, não se pode interferir no vôo de uma aeronave, a fim de exercer a jurisdição penal em relação a infração cometida a bordo, a menos que “a infração produza efeitos no território deste Estado”, “a infração tenha sido cometida por ou contra um nacional desse Estado ou pessoa que tenha aí sua residência perma-

nente”, “a infração afete a segurança desse Estado”, “a infração constitua uma violação dos regulamentos relativos a vôos ou manobras de aeronaves vigentes nesse Estado”, “seja necessário exercer a jurisdição para cumprir as obrigações desse Estado, em virtude de um acordo internacional multilateral”. Assim, o que se constata é o seguinte: se um avião estrangeiro de propriedade privada estiver sobrevoando o território brasileiro, havendo um crime a bordo, o Brasil somente teria interesse em punir o autor caso uma das hipóteses enumeradas no referido art. 4.^o estivesse presente. Do contrário, caberia ao Estado de matrícula da aeronave punir o infrator. Ex.: um americano agride outro, em aeronave americana, sobrevoando o território brasileiro. Seria competente o Estado americano para aplicar a sua lei penal. Entretanto, o texto da Convenção de Tóquio entra em conflito com o disposto no art. 5.^o, § 2.^o, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 7.209/84, mais recente. Nota-se, por este dispositivo, que é aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves estrangeiras de propriedade privada, que estejam sobrevoando o espaço aéreo nacional. Logo, no exemplo citado, de acordo com o Código Penal, seria o autor punido pela lei brasileira, no Brasil. Mas se fosse aplicada a Convenção de Tóquio, caberia a punição aos Estados Unidos. Em função da atual posição do Supremo Tribunal Federal, a lei federal, quando mais recente que o tratado, tem prevalência sobre este, suspendendo-se a sua eficácia. Embora os internacionalistas critiquem essa postura, pregando a superioridade do tratado diante da legislação ordinária, não é o posicionamento adotado pelo Pretório Excelso. Assim, caso o referido avião americano pousasse, após a agressão de um americano contra outro, caberia a entrega do autor do delito às autoridades brasileiras.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ESPAÇO

REGRA:
TERRITORIALIDADE

Aplica-se a lei brasileira ao crime cometido no território nacional (art. 5.º, *caput*, CP)

EXCEÇÕES

1. Imunidades *diplomática* e *consular* → art. 5.º, *caput*, CP (convenções, tratados e regras de direito internacional). Ver as notas 43 a 48 ao art. 5.º.
2. Imunidade *parlamentar* → art. 53, *caput* e § 3.º, CF. Ver as notas 52 a 57 ao art. 5.º.
3. Extraterritorialidade: é a aplicação da lei brasileira ao crime cometido no exterior → art. 7.º, CP. Ver as notas 68 a 81 ao referido artigo.

Lugar do crime⁶⁵

Art. 6.º Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.⁶⁶⁻⁶⁷

65. Teorias sobre o lugar do crime: para o lugar do crime também existem três teorias: a) *atividade*: considera-se local do delito aquele onde foi praticada a conduta (atos executórios); b) *resultado*: o lugar do crime é aquele onde ocorreu o resultado (consumação); c) *mista ou da ubiqüidade*: é lugar do crime tanto onde houve a conduta, quanto o local onde se deu o resultado. Adotamos, segundo o art. 6.º, a teoria mista.

66. Conflito entre o art. 6.º do CP e o art. 70 do CPP: levando-se em consideração que o art. 70 do Código de Processo Penal estabelece a competência ser determinada pelo “lugar em que se consumar a infração”, poder-se-ia sustentar a existência de uma contradição entre a lei penal (teoria mista) e a lei processual penal (teoria do resultado). Ocorre que o art. 6.º do Código Penal destina-se, exclusivamente, ao denominado direito penal internacional, ou seja, à aplicação da lei penal no espaço, quando um crime tiver início no Brasil e terminar no exterior ou vice-versa (é o denominado “crime à distância”). Para delitos cometidos no território nacional, continua valendo o disposto no art. 70 da lei processual. Nesse prisma: STJ: “É competente para processar e julgar a ação o juízo do lugar em que se consumar a infração” (CC 43.287/PA, 3.ª Seção, rel. Nilson Naves, 13.12.2004, v. u., DJ 14.03.2005, p. 191); TRF-3.ª Região, Conflito de Competência 4955-SP, 1.ª Seção, rel. Ramza Tartuce, 17.03.2004, m. v., Bol. AASP 2.423, jun. 2005.

67. Crime permanente ou crime continuado: segue-se a regra do art. 71 do Código de Processo Penal, isto é, “praticada [a infração] em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção”.

Extraterritorialidade⁶⁸⁻⁶⁹

Art. 7.º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I – os crimes:

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;⁷⁰

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;⁷¹

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;⁷²

d) de genocídio,⁷³ quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;⁷⁴

II – os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;⁷⁵

b) praticados por brasileiro;⁷⁶

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.⁷⁷

§ 1.º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.⁷⁸

§ 2.º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:⁷⁹

a) entrar o agente no território nacional;⁸⁰

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;⁸¹

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;^{82-82-A}

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;⁸³

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.⁸⁴

§ 3.º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:⁸⁵

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;⁸⁶

b) houve requisição do Ministro da Justiça.^{87-91-A}

68. Conceito de extraterritorialidade: é a aplicação das leis brasileiras aos crimes cometidos fora do território nacional. Divide-se em: a) *incondicionada*: que não depende de condições. Além dessas hipóteses, previstas no art. 7.º, I, do CP, a Lei 9.455/97 (que definiu os crimes de tortura no Brasil) prevê outra hipótese de extraterritorialidade incondicionada (art. 2.º: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”); b) *condicionada*: que depende das condições descritas no art. 7.º, § 2.º, letras a, b, c, d e e, e § 3.º, do Código Penal.

69. Extraterritorialidade incondicionada e entrada do agente no território nacional: embora a lei penal não exija o ingresso do agente em território nacional, para que a ação penal tenha início, nos casos de extraterritorialidade incondicionada, convém ressaltar que uma das condições da ação é o interesse de agir, fundado, sobretudo, na utilidade que o processo possa trazer. Ora, estando o estrangeiro distante da jurisdição brasileira, não sendo cabível a sua extradição – ou tendo esta sido negada

–, qual a razão de se instaurar processo-crime no Brasil? Se porventura tal medida for tomada, deverá o réu ser citado. Não tendo havido a extradição, possivelmente o país onde se encontre o acusado também não cumprirá carta rogatória. Ainda que cumpra, ele pode tornar-se revel e a sentença, mesmo que condenatória, será inexecutível, aguardando a prescrição. Caso seja feita a sua citação por edital, o processo será suspenso, nos termos do art. 366 do CPP, provavelmente resultando em idêntica prescrição (embora a lei ressalve que a prescrição fica suspensa, a doutrina não tem admitido que essa situação seja *perene*). Enfim, inexistindo utilidade, cremos que o juiz pode rejeitar a denúncia ou queixa, por falta de interesse de agir. Não se tem notícia de nenhum processo dessa maneira proposto, com qualquer resultado útil. Melhor é a posição adotada, nesse contexto, por outras legislações, justificadora de nossa posição a respeito da inutilidade do processo criminal contra estrangeiro ausente do país. A lei portuguesa é aplicável a crimes cometidos no exterior, conforme o bem jurídico afetado. Se for a segurança (interior ou exterior) do Estado, falsificação de selos públicos, de moedas portuguesas, de papéis de crédito público ou de notas de banco nacional, de companhias ou estabelecimentos legalmente autorizados para a emissão das mesmas notas, busca-se aplicar a lei penal portuguesa. Se o autor for nacional, é possível o julgamento à revelia, bastando que não tenha sido julgado no país onde delinqüiu. *Quanto ao estrangeiro, é preciso que ingresse, voluntariamente ou não, em território português ou se possa obter a entrega dele* (Antonio Furtado dos Santos, *Direito internacional penal e direito penal internacional – Aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional*, Lisboa, 1960, p. 42-43, grifo nosso). E diz Eduardo Correia: “Não se exige para a aplicação da

lei criminal portuguesa o comparecimento do agente português em Portugal. Isto é, de resto, uma coisa que se compreende, pois que, dadas as relações do nacional com a Mãe-Pátria, é possível que ele venha a Portugal, podendo então executar-se a sentença aplicada em julgamento à revelia. *No que toca a estrangeiros já se concebe que o processo seja inútil* e, portanto, se exija que o estrangeiro seja encontrado em Portugal. Aqui pode pôr-se o problema de saber se o encontrar-se em Portugal deve ser ou não voluntário. A resposta não pode ser senão a de que é indiferente a intervenção para que tal condição seja relevante. Trata-se de mera *condição de punibilidade*, que não exige imputação subjetiva” (*Direito criminal*, v. I, p. 175, grifamos). Completa, no mesmo sentido, Manuel Cavaleiro de Ferreira: “Na verdade, quanto a estrangeiros, só poderão ser julgados em Portugal se comparecerem em território português ou se se puder obter a entrega deles. *Em caso algum haverá assim processo penal de ausentes*, mas se comparecerem e tiver sido instaurado o processo, mesmo que se ausentem depois, já se não suspende ou extingue a ação penal. Tal condicionamento, quanto ao que consta no n. 3 do art. 53.º, é lógico e racional” (*Direito penal português – Parte geral*, v. I, grifamos). E ensina Asúa: “A lei penal do Estado pode ser extraterritorial também, não somente para nacionais, mas incluindo estrangeiros, quando seja preciso exercer a proteção dos interesses estatais ou dos cidadãos lesionados ou postos em perigo por um delito perpetrado no exterior. Por isso, denomina-se *princípio da proteção ou princípio real*. Seu limite determina-se pela necessidade estrita, e o exercício da extraterritorialidade está condicionado à presença do infrator no território ou à entrega por extradição” (*Tratado de derecho penal*, t. II, p. 769, grifo nosso).

70. Princípio da defesa ou da proteção: são os arts. 121, 122 e 146 a 154 do Código Penal e os arts. 28 e 29 da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83). É caso de extraterritorialidade incondicionada.

71. Princípio da defesa ou da proteção: são os arts. 155 a 180 e 289 a 311 do Código Penal. É caso de extraterritorialidade incondicionada.

72. Princípio da defesa ou da proteção: são os arts. 312 a 326, em combinação com o art. 327 do Código Penal. É caso de extraterritorialidade incondicionada.

73. Conceito de genocídio: é o extermínio, no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, matando ou causando lesão grave à integridade física ou mental de seus membros; submetendo o grupo, deliberadamente, a condições de existência capazes de proporcionar-lhe a destruição física, integral ou parcial; adotando medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo, bem como efetuando a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (art. 1.º, Lei 2.889/56).

74. Princípio da justiça universal ou cosmopolita: a punição do crime de genocídio é de interesse da humanidade, constituindo caso de extraterritorialidade incondicionada.

75. Princípio da justiça universal ou cosmopolita: são os delitos previstos em tratados ou convenções que o Brasil subscreveu, obrigando-se a punir, como o tráfico ilícito de entorpecentes, a pirataria, a destruição ou danificação de cabos submarinos, o tráfico de mulheres, a tortura, entre outros. É caso de extraterritorialidade condicionada. Quanto à tortura, vige atualmente a Lei 9.455/97, que estabeleceu a possibilidade de se aplicar a lei brasileira

ao torturador, onde quer que o delito seja cometido, desde que a vítima seja brasileira ou esteja o autor da infração penal sob jurisdição brasileira (art. 2.º). Como se trata de lei especial, que não fixou condições para se dar o interesse do Brasil na punição do torturador, trata-se de extraterritorialidade incondicionada.

76. Princípio da nacionalidade ou da personalidade: a justificativa para a existência desse princípio é a proibição de extradição de brasileiros, vedada pela Constituição Federal (art. 5.º, LI). Assim, caso um brasileiro cometa um crime no exterior e se refugie no Brasil, outra alternativa não resta – para não haver impunidade – senão a punição por um tribunal pátrio. A competência para o julgamento é da Justiça Estadual da Capital do Estado onde por último houver residido o acusado. Se nunca tiver residido no Brasil, será competente o juízo da Capital da República (art. 88, CPP).

77. Princípio da representação ou da bandeira: é uma hipótese criada pela Reforma Penal de 1984, para solucionar uma lacuna anteriormente existente. Exemplo: se uma aeronave privada brasileira estiver sobrevoando território estrangeiro e um crime for cometido a bordo, por um estrangeiro contra outro, o interesse brasileiro pode ser, simplesmente, entregar o autor do delito às autoridades locais. Porém, é possível que, pelas leis do país alienígena, não haja previsão para tal hipótese. Assim sendo, o foro competente é o da bandeira da aeronave, ou seja, o Brasil. Frise-se: somente se aplica a lei penal brasileira caso o governo estrangeiro não tenha interesse em punir o criminoso.

78. Casos de extraterritorialidade incondicionada: aplica-se à hipótese de o agente já ter sido condenado e cumprido a pena no exterior o disposto no art. 8.º do Código Penal, como se verá a seguir,

embora desde logo deva ser ressaltado que essa modalidade de extraterritorialidade é inútil e, se utilizada, inconstitucional. Não há qualquer possibilidade jurídica de alguém ser processado duas vezes pelo mesmo fato (vide a nota 92 ao art. 8.º), razão pela qual inexistente vantagem alguma em considerá-la *incondicional*, pois deve ser sempre submetida à condição natural de que o autor do delito não tenha sido processado no exterior por idêntico fato (absolvido ou condenado). Por outro lado, é inútil caso o agente não ingresse no território nacional (vide a nota 69 supra).

79. Casos de extraterritorialidade condicionada: devem-se respeitar as cinco condições previstas nesse artigo para haver interesse do Brasil em aplicar a lei penal nacional a crimes ocorridos fora do seu território.

80. Condição de procedibilidade: em se tratando de extraterritorialidade condicionada, torna-se fundamental a entrada do agente em território nacional, seja de modo voluntário ou não, a fim de gerar interesse punitivo. Mencione-se a lição de Frederico Marques a respeito: “Não distingue a lei se a entrada foi extemporânea ou forçada, ou se resultou simplesmente da passagem do autor do crime pelo país. Por outro lado, se essa entrada é condição *necessária*, para a perseguição penal, também o é *condição suficiente*, de forma que, instaurado o inquérito policial, com a comprovação da entrada do agente em território brasileiro, o processo ulteriormente pode desenvolver-se com ou sem a participação do réu, não tendo a revelia caráter impeditivo do prosseguimento normal da instância” (*Tratado de direito penal*, v. I, p. 338). Cumpre ressaltar, no entanto, que a posição exposta adveio antes da modificação havida no art. 366 do Código de Processo Penal. Atual-

mente, pois, cumpre ressaltar que, caso o réu seja citado por edital, tornando-se revel, haverá a suspensão do processo e da prescrição. Ver, ainda, a nota 69 supra, onde tratamos da condição de entrada no País para o processo ter utilidade.

81. Princípio da dupla tipicidade: o fato praticado no exterior e considerado crime no Brasil necessita ser também infração penal no exterior. Nesse sentido: “Indefere-se a extradição com relação a fatos cuja descrição, na documentação que instrui o pedido, não permite aferir da sua dupla tipicidade penal” (STF, Extr. 518, Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, RTJ 133/93). Quando o crime for cometido em lugar não pertencente a país nenhum, aplica-se a lei da pátria do agente do delito, pois são os nacionais responsáveis pelo cumprimento das leis do seu país.

82. Conceito de extradição: trata-se de um instrumento de cooperação internacional na repressão à criminalidade por meio do qual um Estado entrega a outro pessoa acusada ou condenada, para que seja julgada ou submetida à execução da pena. No prisma do texto: STF, Extr. 524, Pleno, rel. Celso de Mello, 31.10.1990, v. u. Ver, ainda, as notas 88 a 91-A.

82-A. Diferença entre extradição, deportação, expulsão e transferência de presos: como se viu na nota anterior, a extradição é um instrumento de cooperação internacional para a entrega de pessoa acusada da prática de crime a Estado estrangeiro, seja para responder ao processo, seja para cumprir pena. Portanto, quando o Brasil extradita alguém significa que está colaborando para a repressão à criminalidade internacional, embora o extraditando possa não ter feito nada de errado em solo nacional. A deportação é a saída compulsória do território nacional, quando o estrangeiro

aqui se encontra de maneira irregular, seja porque ingressou sem ter visto, este pode ter expirado ou porque, a despeito de turista, exerceu atividade laborativa remunerada. Como diz Francisco Rezek, “cuida-se de exclusão por iniciativa das autoridades locais, sem envolvimento da cúpula do governo: no Brasil, agentes policiais federais têm competência para promover a deportação de estrangeiros, quando entendam que não é o caso de regularizar sua documentação. A medida não é exatamente punitiva, nem deixa seqüelas. O deportado pode retornar ao País desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para o ingresso” (*Direito internacional público*, p. 199). Poderá ser decretada a prisão do estrangeiro, por juiz federal, enquanto aguarda a deportação (o mesmo se diga para a expulsão). Para retornar, regularizada sua situação, deverá ressarcir previamente o Tesouro Nacional, com correção monetária, das despesas com sua deportação e pagar a multa, quando fixada. A expulsão é a saída compulsória do território nacional do estrangeiro que seja considerado inconveniente ou nocivo aos interesses nacionais. São exemplos de condutas perniciosas: praticar fraude para entrar ou permanecer no Brasil, cometer crime, desrespeitar proibição para estrangeiro, atentar contra a segurança nacional etc. (art. 65, Lei 6.815/80). Na lição de Rezek, os pressupostos para a expulsão são mais graves e a consequência, como regra, é a impossibilidade de retorno. Há inquérito, com contraditório, instaurado no âmbito do Ministério da Justiça. A decisão final de expulsão cabe ao Presidente da República, que o faz por decreto. Aliás, somente decreto posterior, invalidando o primeiro, permite o retorno (ob. cit., p. 199-200). Cumpre lembrar que o reingresso de estrangeiro expulso é crime (art. 338, CP). Por derradeiro, convém mencionar, porque sempre dá margem a indevida con-

fusão, o tratado de transferência de presos que o Brasil celebrou com o Canadá, com a Argentina e com o Chile, inspirado pelo famoso seqüestro do empresário Abílio Diniz, cujos autores eram, na maioria, estrangeiros provenientes desses três países. Por pressões internacionais, firmou-se, primeiramente, o tratado para a transferência de presos entre Brasil e Canadá, assinado em Brasília, em 15 de julho de 1992. Foi aprovado pelo Decreto Legislativo 22, de 24 de agosto de 1993, passando a valer a partir da edição do Decreto 2.547, da Presidência da República, de 14 de abril de 1998. Em suma, esse tratado – que não é de extradição – prevê a possibilidade de condenados brasileiros no Canadá virem cumprir sua pena no Brasil, bem como que condenados canadenses no Brasil possam cumprir a pena no seu país de origem. As condições são as seguintes: “o crime pelo qual a pena foi imposta também deve constituir infração criminal no Estado Recebedor” (princípio da dupla tipicidade); “o preso deverá ser nacional do Estado Recebedor”; “na ocasião da apresentação do pedido (...) devem restar pelo menos seis meses de pena por cumprir”; não deve pender “de julgamento qualquer recurso em relação à condenação imposta ao preso no Estado Remetente ou que tenha expirado o prazo para a interposição de recurso”.

83. Concretização do princípio do *ne bis in idem*: o direito penal consagra a previsão de que ninguém deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

84. Causas extintivas da punibilidade: o perdão é causa extintiva da punibilidade, embora existam outros motivos que levam ao mesmo resultado (ver art. 107 do Código Penal). A causa extintiva da punibilidade pode ser prevista no ordenamento brasileiro ou no estrangeiro, segundo a lei que for mais favorável.

85. Princípio da defesa ou da proteção: pune-se o crime praticado pelo estrangeiro contra brasileiro, no exterior, caso estejam presentes as condições enumeradas no § 2.º.

86. Primeira condição específica para punir o estrangeiro: o Brasil somente terá interesse em punir um estrangeiro que, no exterior, tenha cometido crime contra brasileiro, se não tiver sido concedida a extradição, seja porque não foram preenchidas as condições legais, seja porque não foi pedida pelo país onde a infração penal se concretizou.

87. Segunda condição específica para punir o estrangeiro: a requisição do Ministro da Justiça tem por fim evidenciar o interesse do governo brasileiro na punição do infrator.

88. Importância da extradição: a relevância da extradição surge a partir do momento em que consideramos os princípios da territorialidade e da extraterritorialidade. Caso alguém cometa um crime em solo nacional (territorialidade), refugiando-se em país estrangeiro, cabe ao Brasil solicitar a sua extradição, a fim de que possa responder, criminalmente, pelo que fez. Em igual prisma, se o agente comete o crime no exterior, mas ofendendo interesse ou bem jurídico brasileiro, aplicando-se a regra da extraterritorialidade, terá o Brasil interesse em puni-lo, havendo necessidade de se utilizar do instituto da extradição.

89. Espécies de extradição e fonte legislativa: chama-se *extradição ativa* o pedido formulado por um Estado para a entrega de alguém e *extradição passiva* a entrega de uma pessoa por um Estado em razão do pedido formulado por outro. A fonte legislativa principal é a Lei 6.815/80 (alterada pela Lei 6.964/81) – denomina-

da *Estatuto do Estrangeiro* – e o Decreto 86.715/81. Na Constituição Federal há dispositivo expresso determinando que somente a União pode legislar sobre extradição (art. 22, XV). O princípio básico que rege a extradição é que a punição do crime deve ser feita no local onde foi praticado, em virtude do abalo causado na sociedade.

90. Requisitos para a concessão: são os seguintes: 1.º) *exame prévio do Supremo Tribunal Federal* (art. 102, I, g, CF), em decisão da qual não cabe recurso, pois a análise é feita pelo Plenário, composto por todos os ministros. Em alguns países, a extradição é ato privativo do Executivo, o que não ocorre com o Brasil, como veremos a seguir. Trata-se de uma ação de caráter constitutivo, visando à formação de um título jurídico que habilita o Poder Executivo a entregar um indivíduo a um país estrangeiro. Há participação do Ministério Público no processo. A decisão da Suprema Corte, autorizando a extradição, não vincula o Poder Executivo, cujo ato passa a ser discricionário. Entretanto, se a decisão for negativa, não pode o Executivo extraditar o estrangeiro. O controle de legalidade do pedido extradicional não está sujeito à concordância do extraditando. De acordo com o art. 81 do Estatuto do Estrangeiro e o art. 208 do Regimento Interno do STF, iniciado o processo de extradição, o extraditando deve ser preso e colocado à disposição da Corte. Não cabe, nesse caso, liberdade vigiada, prisão domiciliar, nem tampouco prisão-albergue domiciliar. O Supremo Tribunal Federal tem considerado essa prisão como *preventiva*, embora seja obrigatória. Entretanto, convém mencionar já existir precedente para afastar a prisão preventiva necessariamente decretada. É o que se deu, ilustrando, no caso do ex-jogador de futebol F.E.R.V., que pôde responder em liberdade ao processo de extradição (HC

91.657, Pleno, rel. Gilmar Mendes, 13.09.2007, m. v.). Há outra possibilidade de prisão preventiva, como será analisado a seguir. O processo de extradição, depois do *habeas corpus*, tem prioridade no Supremo Tribunal Federal. É sorteado um ministro-relator para apreciar eventual pedido de prisão preventiva, que é diverso da prisão obrigatória mencionada acima. Pode ocorrer, em casos de urgência, a fim de evitar a fuga do extraditando, que o Estado estrangeiro, antes mesmo da formalização do pedido de extradição, resolva solicitar a medida cautelar. Após a sua concessão, o Estado estrangeiro tem 90 dias para formalizar o pedido, salvo se outro prazo estiver previsto no tratado de extradição mantido entre o Brasil e o Estado solicitante. É o caso do tratado Brasil-Argentina, que prevê o prazo de 45 dias, após a decretação da prisão preventiva, para a formalização do pedido. A defesa do extraditando é limitada e consiste, fundamentalmente, em três itens: a) erro quanto à identidade da pessoa reclamada; b) defeito de forma dos documentos apresentados pelo Estado estrangeiro (neste caso, confere-se ao Estado requerente a oportunidade de sanar as irregularidades; caso não o faça, o pedido é indeferido: STF, Ext 870-República Italiana, rel. Joaquim Barbosa, 27.05.2004); c) ilegalidade do pedido extradicional; 2.º) *existência de convenção ou tratado firmado com o Brasil* ou, em sua falta, deve haver o *oferecimento de reciprocidade*. Em outros termos, o país requerente se compromete a conceder, no futuro, em situação análoga, a extradição que lhe for pedida. Os tratados e convenções nascem da vontade do Presidente da República (art. 84, VIII, CF), referendados pelo Congresso Nacional (art. 49, I, CF). Exemplificando, possuem tratado de extradição com o Brasil os seguintes países: Chile, Equador, México, Itália, Bolívia, Lituânia, Venezuela, Colômbia, Uruguai, Bélgica, Estados Unidos, Ar-

gentina e Austrália. Exemplo de deferimento da extradição mediante oferecimento de reciprocidade: República Tcheca (Extr. 897, Pleno, rel. Celso de Mello, 23.09.2004, *Informativo* 362). Exemplo de indeferimento da extradição, pois não ofertada a reciprocidade: República do Líbano (Ext. 1.047, Pleno, rel. Eros Grau, 10.10.2007, *Informativo* 483). Quando mais de um Estado estrangeiro requerer a extradição da mesma pessoa, o Brasil deve seguir as seguintes regras de preferência: a) país em cujo território deu-se a infração penal; b) país onde ocorreu o crime mais grave, segundo a lei brasileira; c) país que primeiro houver pedido a extradição; d) país do domicílio do extraditando; e) critério do Governo brasileiro. O Brasil assinou a *Convenção Interamericana para punir a Tortura* (ratificada pelo Decreto 98.386/89), que prevê a obrigatoriedade de concessão da extradição de toda pessoa acusada da prática de tortura. Segundo esse texto internacional, todo tratado futuro de extradição assinado pelos países signatários da convenção deve conter regra específica autorizando a extradição em caso de tortura. Por outro lado, o Brasil também firmou a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (ratificada pelo Decreto 40/91), estabelecendo proibição à expulsão, devolução ou extradição de pessoa sujeita a ser submetida a tortura no Estado requerente. No caso de conflito entre tratado e lei interna, segundo jurisprudência do STF, deve prevalecer a lei federal interna, caso seja mais recente. É preciso considerar, ainda, que o Brasil subscreveu a Convenção Internacional sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, promulgada pelo Decreto 3.678/2000, que passou a vigorar no dia 23.10.2000, que prevê o seguinte: Art. 10: “1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser considerada um delito passível de

extradição, segundo as leis das Partes e os tratados de extradição celebrados entre elas. 2. Se uma Parte, que condiciona a extradição à existência de um tratado sobre a matéria, receber uma solicitação de extradição de outra Parte com a qual não possui tratado de extradição firmado, dever-se-á considerar esta Convenção a base jurídica para a extradição pelo delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro. 3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias para assegurar sua capacidade para extraditar ou processar seus nacionais pelo delito de corrupção de um funcionário público estrangeiro. A Parte que recusar um pedido para extraditar uma pessoa por corrupção de um funcionário público estrangeiro, baseada apenas no fato de que a pessoa é seu nacional, deverá submeter o caso à apreciação de suas autoridades competentes para instauração de processo. 4. A extradição por corrupção de funcionário público estrangeiro está sujeita às condições estabelecidas pela lei local e pelos tratados e acordos das Partes sobre a matéria. Quando uma Parte condiciona a extradição à existência de criminalidade dual, essa condição deverá ser considerada satisfeita se o delito pelo qual a extradição é solicitada estiver no âmbito do Artigo 1 da presente Convenção”. Nota-se, portanto, que a Convenção autoriza que o Brasil extradite alguém, desde que estrangeiro, acusado de corromper funcionário público estrangeiro, quando o exercício de sua função vincular-se a transação comercial internacional, ainda que não possua com o país requerente tratado de extradição. O oferecimento de reciprocidade parece natural a todos aqueles que, igualmente, subscreveram a Convenção mencionada. Se o agente do delito for brasileiro, impedindo, pois, a extradição, deve o Brasil encarregar-se de puni-lo; 3.º) *existência de sentença final condenatória, impositiva de pena privativa de liberdade ou prisão preventiva (ou outra*

modalidade de prisão cautelar) decretada por autoridade competente do Estado requerente. O STF tem aceitado somente o mandado de condução; 4.º) *ser o extraditando estrangeiro.* É vedada a extradição de nacionais, não se distinguindo o brasileiro nato do naturalizado, conforme dispõe o art. 5.º, LI, da CF. Há exceções para o brasileiro naturalizado, previstas no mesmo dispositivo constitucional: a) quando a naturalização foi adquirida posteriormente ao fato que motiva o pedido; b) quando for comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, exigindo-se, como regra, sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Aliás, é conveniente registrar que, se não é possível a concessão de extradição de brasileiro, fica o Brasil obrigado a punir os nacionais que pratiquem delitos fora do País, conforme prevê o princípio da nacionalidade. Não fosse assim e estaria instaurada a impunidade. Esse é o texto expresso da *Convenção para a Repressão ao Tráfico de Pessoas e Lenocínio*, assinada pelo Brasil e ratificada pelo Decreto Legislativo 6/58, no art. 9.º: “Os nacionais de um Estado, que não admite a extradição de nacionais, devem ser punidos por tais delitos pelos tribunais do seu próprio país. O mesmo se aplica caso não seja admitida a extradição de estrangeiro acusado de tráfico de pessoas ou lenocínio”. Vale registrar que o STF, indeferindo o pedido, já deliberou que, para a extradição de brasileiro naturalizado, por envolvimento com o tráfico de entorpecentes, deve haver norma específica indicando o alcance desse dispositivo constitucional: “Ressaltou-se, ainda, a orientação fixada pelo STF no sentido de que a regra contida na parte final do art. 5.º, LI, da CF não é de eficácia plena nem de aplicabilidade imediata, pois depende da implementação de legislação ordinária regulamentar, que estabeleça procedimento específico, possibilitando a cognição mais ampla da acusação,

a fim de que se verifique a existência do requisito de mérito a que se subordina a procedência do pedido de extradição (CF, art. 5.º, LI)” (Extr. 934/República Oriental do Uruguai, Pleno, rel. Eros Grau, 09.09.2004, *Informativo* 360); 5.º) *o fato imputado deve constituir crime – e não contravenção penal – perante a lei brasileira e a do Estado requerente:* aliás, nesse sentido já decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal (Extr. 717, rel. Octavio Gallotti, 25.03.1998, v. u.). É a aplicação do princípio da *dupla tipicidade*. Pode, no entanto, haver diferença de *nomen juris* ou de designação formal entre os delitos, o que é irrelevante. Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, deferiu a extradição de um português, acusado da prática de burla qualificada, que, no Brasil, é a figura típica do estelionato. Por outro lado, o extraditando era acusado, igualmente, da prática de falsificação, mas este delito serviu de meio para que fosse alcançado o crime de burla. Por tal razão, aplicando jurisprudência pacífica em nossos Tribunais (vide a Súmula 17 do STJ), o Pretório Excelso afastou a possibilidade de processo-crime por falsificação, uma vez que esta teria sido absorvida pelo delito de burla (estelionato), impondo-se cláusula limitadora, que veremos a seguir (Extr. 931, rel. Cezar Peluso, 04.10.2005). No caso de dupla tipicidade, o Brasil, por força do disposto no art. 91 do Estatuto do Estrangeiro, ao conceder a extradição, impõe *cláusulas limitadoras*, vinculando a atuação do Estado estrangeiro com relação ao extraditando. São elas: a) *não ser preso ou processado por fatos anteriores ao pedido:* pode haver pedido de extensão, feito ao STF para ampliar a acusação. Conferir: STF: “O princípio da especialidade (Lei 6.815/80, art. 91, I) não impede que o Estado requerente de extradição já concedida solicite sua extensão para abranger delito diverso, anteriormente cometido,

mas só apurado em data ulterior pela justiça estrangeira. Com base nessa orientação, o Tribunal deferiu pedido de extensão em extradição de nacional holandês, requerida pelo Governo do Reino dos Países Baixos, para que ele possa ser processado pela prática de crimes sexuais, perpetrados em período anterior ao deferimento do pleito extradicional. Considerou-se estar o pedido adicional formalizado com os documentos relacionados no art. 80 da Lei 6.815/80, bem como se assentou a não ocorrência, na espécie, da prescrição dos delitos imputados ao requerido, os quais encontrariam correspondência com os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, previstos no Código Penal pátrio (Lei 6.815/80: ‘Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: I – de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido’)” (STF, Pleno, Ext. 1052, Extensão/Reino dos Países Baixos, rel. Eros Grau, 09.10.2008, *Informativo* 523); b) *aplicar o princípio da detração*, ou seja, o desconto na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa no Brasil. O STF já teve oportunidade de negar pedido de extradição formulado pela Itália, justamente porque o tempo em que o extraditando esteve preso no Brasil, preventivamente, durante o curso do processo de extradição, ultrapassou o total da pena aplicada no Estado requerente (Extr. 870, rel. Joaquim Barbosa, 27.05.2004); c) *não aplicação da pena de morte*: salvo quando o Brasil a permitir, como ocorre nos casos de guerra declarada; d) *não entregar o extraditando a outro Estado*: salvo se houver consentimento do Brasil; e) *não agravar a pena do extraditando por motivo político*. A imposição das cláusulas limitadoras é decorrência do princípio da especialidade, ou seja, o extraditando somente poderá ser processado pelos fatos

autorizados pelo processo de extradição. Quanto à possibilidade de imposição de cláusula limitadora para a não aplicação da prisão perpétua, há controvérsia. Alguns defendem que o Brasil pode impor tal cláusula, já que a Constituição veda a aplicação da pena de prisão perpétua, conforme art. 5.º, XLVII, b. Outros, porém, defendem a aplicação literal do art. 91, III, do Estatuto do Estrangeiro, que somente prevê a impossibilidade de aplicação da pena de morte, não fazendo qualquer referência à prisão perpétua. Esta última parece ser, em nosso ponto de vista, a melhor posição, pois a cláusula limitadora termina invadindo, de um modo ou de outro, a soberania do país alienígena, sendo melhor que o faça somente quando houver expressa previsão legal. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento e passou a impor a cláusula limitadora da prisão perpétua, restringindo o cumprimento da pena, no exterior, a 30 anos, nos mesmos moldes previstos no art. 75 do Código Penal (Extr. 855, de M.H.N., República do Chile, Pleno, rel. Celso de Mello, 26.08.2004, v. u., exceto quanto à cláusula limitadora, ponto em que ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim). Por outro lado, é pacífico o entendimento de que não pode o Brasil impor, como cláusula limitadora, a observância de regras processuais peculiares ao direito interno, como, por exemplo, a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei 9.099/95 (STF, Extr. 682-7, rel. Francisco Rezek, *DO* 05.02.1999, p. 22); 6.º) *a pena máxima para o crime imputado ao extraditando deve ser privativa de liberdade superior a um ano*: pela legislação brasileira (STF, Extr. 753-0, Pleno, rel. Moreira Alves, 21.10.1999, v. u., *DO* 26.11.1999, p. 83); 7.º) *o crime imputado ao extraditando não pode ser político ou de opinião*, incluídos nestes os de fundo religioso e de orientação filosófica (art. 5.º,

LII, CF, e art. 77, VII, Estatuto do Estrangeiro). O crime político é aquele que ofende interesse político do Estado, tais como a independência, a honra, a forma de governo, entre outros, ou crimes eleitorais. Há, basicamente, três critérios para averiguar se o crime em questão é político: a) *critério objetivo*: liga-se à qualidade do bem jurídico ameaçado ou ofendido (ex.: a soberania do Estado ou sua integridade territorial); b) *critério subjetivo*: leva em conta a natureza do motivo que impele à ação, devendo ser sempre político (ex.: conseguir dinheiro destinado a sustentar a atividade de um partido político clandestino); c) *critério misto*: é a conjunção dos dois anteriores. Trata-se da tendência atual e prevista na Lei de Segurança Nacional (art. 2.º, Lei 7.170/83). O Supremo Tribunal Federal leva em consideração, para avaliar se o crime é político ou não, tanto a segurança interna do Estado, quanto a segurança externa. Assim, já se negou extradição à Alemanha, que solicitava uma pessoa acusada de ter transferido segredo de Estado do Governo requerente ao Iraque, envolvendo um projeto de desenvolvimento de armamento nuclear (Extr. 700-9, Pleno, rel. Octavio Gallotti, v. u., *Informativo* 169, p. 3). Existem crimes denominados *políticos relativos* (complexos ou mistos), que são os delitos comuns determinados, no todo ou em parte, por motivos políticos. Neste caso, utiliza o Supremo Tribunal Federal o critério da prevalência, ou seja, concede-se a extradição quando o crime comum é o fato principal (Extr. 615, Pleno, rel. Paulo Brossard, 19.10.1994, m. v.). Os crimes de opinião são os que representam abuso na liberdade de manifestação do pensamento. A qualificação do crime como político ou de opinião é do Estado ao qual é pedida a extradição e não do país que a requer. No Brasil, cabe ao STF fazer essa avaliação. A tendência atual é restringir o conceito de crime político,

excluindo atos de terrorismo com violência à pessoa praticados com fim político, anarquismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, propaganda de guerra e processos violentos para subverter a ordem política ou social. Em julho de 1978, os líderes das potências ocidentais (EUA, Canadá, Japão, Itália, França, Inglaterra e Alemanha Ocidental) deliberaram que, se algum país no mundo se negar a extraditar ou processar algum seqüestrador de avião (ou a devolver o avião seqüestrado), todos os vãos desses países estarão suspensos para esse Estado e haverá proibição de pouso nos seus territórios (Jair Leonardo Lopes, *Curso de direito penal*, p. 74). Segundo o disposto no art. 6.º da Lei 2.889/56, os crimes de genocídio jamais serão considerados crimes políticos, para fins de extradição. Finalmente, cabe ressaltar que o Brasil é signatário da *Convenção sobre Asilo Territorial*, aprovada pelo Decreto 55.929/65, prevendo que não se aplica a extradição quando se tratar de perseguidos políticos ou acusados da prática de delitos comuns cometidos com fins políticos, nem tampouco quando a extradição for solicitada por motivos predominantemente políticos; 8.º) *o extraditando não pode estar sendo processado, nem pode ter sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido*. É a aplicação do princípio do *ne bis in idem*; 9.º) *o Brasil tem de ser incompetente para julgar a infração*, segundo suas leis, e o Estado requerente deve provar que é competente para julgar o extraditando; 10.º) *o extraditando, no exterior, não pode ser submetido a tribunal de exceção*, que é o juízo criado após o cometimento da infração penal, especialmente para julgá-la; 11.º) *não pode estar extinta a punibilidade pela prescrição*, segundo a lei do Estado requerente ou de acordo com a brasileira; 12.º) *o extraditando não pode ser considerado, oficialmente, como refugiado pelo Governo brasileiro* (art.

33, Lei 9.474/97). Conferir: STF: “Tendo em conta o disposto no art. 33 da Lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, o Tribunal, por maioria, não conheceu de pedido extradicional formulado pela República da Colômbia, de nacional colombiano, e, julgando extinto o processo, determinou a expedição de alvará de soltura em seu favor (Lei 9.474/97: “Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”). Na espécie, o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE reconheceu ao extraditando a condição de refugiado, sob caráter humanitário e com base no inciso I do art. 1.º da Lei 9.474/97 (“Art. 1.º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país”). Reportou-se ao voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento da Ext. 785 QO-QO/ Estados Unidos Mexicanos (DJU 14.11.2003), no qual se afastara afronta, pela Lei dos Refugiados, à competência do Supremo para julgar o processo de extradição. Asseverou-se que a competência, uma vez que lhe seja encaminhado pelo Poder Executivo o pedido de extradição para aferir débito da legalidade, é do Supremo. Esclareceu-se que nada vincula, entretanto, o Poder Executivo, condutor da política de relações internacionais do País, a submeter ao Tribunal um pedido de extradição que entenda, de logo, inadmissível, se concede refúgio ao extraditando. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, não vislumbrando diferenças substanciais entre os institutos do asilo e do refúgio, e afirmando não estar o Supremo vinculado ao juízo

formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa do benefício, na linha da orientação fixada pela Corte na Ext. 232/ República de Cuba (DJU 17.12.1962) e na Ext. 524/ Governo do Paraguai (DJU 08.03.1991), conferia ao art. 33 da Lei 9.474/97 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que só haveria óbice à extradição nos casos em que se imputasse ao extraditando crime político ou de opinião ou, ainda, quando as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrassem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada” (Ext. 1.008- República da Colômbia, Pleno, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Sepúlveda Pertence, 21.03.2007, *Informativo* 460). Finalizando, anote-se o disposto na Súmula 421 do STF: “Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”.

91. Requerimento da extradição: o requerimento deve ser feito pela via diplomática. Na falta desta, diretamente de governo a governo (pedido instruído com cópias da sentença ou decisões, com todos os detalhes: data, local, natureza e circunstâncias do crime, identificação do extraditando etc.).

91-A. Retroatividade dos tratados de extradição: o Supremo Tribunal Federal, em nosso entender corretamente, fixou posição de que os tratados de extradição firmados entre o Brasil e a nação estrangeira têm validade retroativa, para casos envolvendo crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – afinal, não se cuida de lei penal incriminadora. Assim: “Os tratados de extradição têm aplicação imediata, independentemente de o crime em que se funda a extradição ser anterior a eles, já que não consubstanciam lei penal, não lhes sendo aplicável, portanto, o art. 5.º, XL, da CF (‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’)” (STF, Extr. 864-Itália,

Pleno, rel. Sepúlveda Pertence, 20.06.2003, *Bol. Instituto Manoel Pedro Pimentel*, ano V, n. 22, p. 19).

Pena cumprida no estrangeiro

Art. 8.º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.⁹²

92. Tentativa de amenizar a não aplicação do princípio *ne bis in idem* e inconstitucionalidade do dispositivo: tratando-se de extraterritorialidade condicionada, a pena cumprida no estrangeiro faz desaparecer o interesse do Brasil em punir o criminoso. Entretanto, nos casos de extraterritorialidade incondicionada, o infrator, ingressando no País, estará sujeito à punição, pouco importando já ter sido condenado ou absolvido no exterior. Para tentar amenizar a não aplicação do princípio que proíbe a dupla punição pelo mesmo fato, fixou-se, no art. 8.º, uma fórmula compensadora. Caso a pena *cumprida* no exterior seja idêntica à que for aplicada no Brasil (ex.: pena privativa de liberdade no exterior e pena privativa de liberdade no Brasil), será feita a compensação; caso a pena *cumprida* no exterior seja diversa da que for aplicada no Brasil (ex.: multa no exterior e privativa de liberdade no Brasil), a pena a ser fixada pelo juiz brasileiro há de ser atenuada. Essa previsão legislativa não se coaduna com a garantia constitucional de que ninguém pode ser punido ou processado duas vezes pelo mesmo fato—consagrada na Convenção Americana dos Direitos Humanos, em vigor no Brasil, e cuja porta de entrada no sistema constitucional brasileiro dá-se pela previsão feita no art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal. Não é possível que alguém, já punido no estrangeiro pela prática de determinado fato criminoso, tornando ao Brasil, seja

novamente processado e, conforme o caso, deva cumprir mais outra sanção penal pelo mesmo fato. Ver a nota I-F ao art. 1.º.

Eficácia de sentença estrangeira⁹³

Art. 9.º A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada⁹⁴ no Brasil para:

I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;⁹⁵

II – sujeitá-lo a medida de segurança.⁹⁶⁻⁹⁷

Parágrafo único. A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;⁹⁸

b) para os outros efeitos,⁹⁹ da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.¹⁰⁰

93. Necessidade de homologação em respeito à soberania nacional: em razão da soberania da nação, uma sentença estrangeira não pode produzir efeitos no Brasil sem a homologação feita por um tribunal pátrio, porque, se assim fosse feito, estar-se-ia, em última análise, aplicando em território nacional leis estrangeiras. Um povo somente é efetivamente soberano quando faz suas próprias normas, não se submetendo a ordenamentos jurídicos alienígenas. Por isso, quando, em determinados casos, for conveniente que uma decisão estrangeira produza efeitos no Brasil, é preciso haver homologação. O objetivo é nacionalizar a lei penal estrangeira que deu fundamento à sentença a ser homologada. Nesse sentido a lição de Marinoni: “É comum o ensinamento de que o Direito Penal é territorial. O poder que o Estado exerce com a norma punitiva, a finalidade que com isso objetiva,

justificam usualmente a afirmação geral da territorialidade do Direito Penal. E da territorialidade do Direito Penal deduz-se a inaplicabilidade da lei penal estrangeira e a inexecutibilidade, quando não a ineficácia, da sentença penal estrangeira, e, de um modo geral, dos atos jurisdicionais estrangeiros de caráter penal. E sendo assim, a lei penal estrangeira, quando aplicada por um Estado, é lei nacionalizada, de forma que pode revestir-se da função própria de toda norma penal” (*apud* Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 363).

94. Competência para homologação da sentença estrangeira: cabe ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *i*, CF; arts. 787 a 790, CPP). Sobre o procedimento, ver o nosso *Código de Processo Penal comentado* (notas aos arts. 787 a 790).

95. Reparação civil do dano causado à vítima: facilitando-se a posição da vítima, sem necessidade de dar início a um processo de indenização, provando-se novamente a culpa do infrator, uma vez feita a homologação da sentença estrangeira, concretiza-se a formação de um título executivo. Discutir-se-á, no juízo cível, somente o valor da reparação do dano.

96. Aplicação de medida de segurança: o termo “condenado” é relativamente impróprio nesse caso, pois o inimputável, sujeito à medida de segurança, é *absolvido*, ficando sujeito à internação ou ao tratamento ambulatorial (art. 97, CP). O semi-imputável, a despeito de condenado, pode ter sua sanção penal substituída por medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), conforme previsão do art. 98 do Código Penal. Não há, no Brasil, medida de segurança para o imputável. Utiliza-se a aplicação da medida de segurança imposta por autoridade estrangeira em benefício do próprio sentenciado e também da sociedade,

que evitará o convívio desregrado com um enfermo perigoso.

97. Hipótese prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro: a Lei 9.613/98, no art. 8.º, assegurou a possibilidade de serem seqüestrados os bens, direitos e valores decorrentes do crime de “lavagem”, de forma que, findo o processo, quando se tratar de delito internacional, poderão o Brasil e o país solicitante do seqüestro dividir o que foi amealhado. Para tanto, é preciso a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de que a perda dos bens se consuma em definitivo.

98. Condição indispensável para a reparação civil do dano: para obrigar o condenado a reparar o dano, não age de ofício o Poder Judiciário, dependendo de provocação do interessado.

99. Condição indispensável para a medida de segurança: não há *outros*, como menciona o texto legal, mas apenas *um* outro efeito, que é a aplicação da medida de segurança. Novamente, refere a lei penal ser condição essencial, para a homologação da sentença estrangeira, que o crime esteja previsto em tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado alienígena de cuja autoridade judiciária emanou a sentença. Inexistindo tratado, pode haver suprimimento pela requisição do Ministro da Justiça.

100. Efeitos da sentença condenatória estrangeira, que independem de homologação: há casos em que a sentença estrangeira produz efeitos no Brasil, sem necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. São situações particulares, nas quais não existe *execução* da sentença alienígena, mas somente a consideração delas como fatos jurídicos. Explica Remo Pannain, em relação ao processo penal, o fenômeno da sentença como fato jurídico,

in verbis: “O Ministério Público inicia a ação penal para a declaração de um crime de homicídio. Este órgão objetiva obter a condenação do réu; a parte civil procura obter a restituição, ou ressarcimento do dano, e o réu pleiteia a absolvição. O juiz declara a existência do crime e o concurso de todas as condições de punibilidade, e condena. Mas esta sentença produz também, na hipótese da prática de outro crime, o agravamento da pena pela reincidência, a impossibilidade da suspensão condicional da execução da pena etc. Estes efeitos, não presentes à mente das partes e do julgador, não previstos no pronunciamento judicial, derivam da sentença, segundo Calamandrei, não como ato jurídico, ou declaração de vontade, mas sim da sentença como fato jurídico” (*Le incapacità giuridiche quali effetti delle sentenze penale*, p. 73-105, citado por Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 377). São as seguintes hipóteses: a) gerar reincidência (art. 63, CP); b) servir de pressuposto da extraterritorialidade condicionada (art. 7.º, II e § 2.º, *d e e*, CP); c) impedir o *sursis* (art. 77, I, CP); d) prorrogar o prazo para o livramento condicional (art. 83, II, CP); e) gerar maus antecedentes (art. 59, CP). Para tanto, basta a prova da existência da sentença estrangeira. Note-se que, mesmo não sendo a sentença estrangeira suficiente para gerar a reincidência, é possível que o juiz a leve em consideração para avaliar os antecedentes e a personalidade do criminoso.

Contagem de prazo

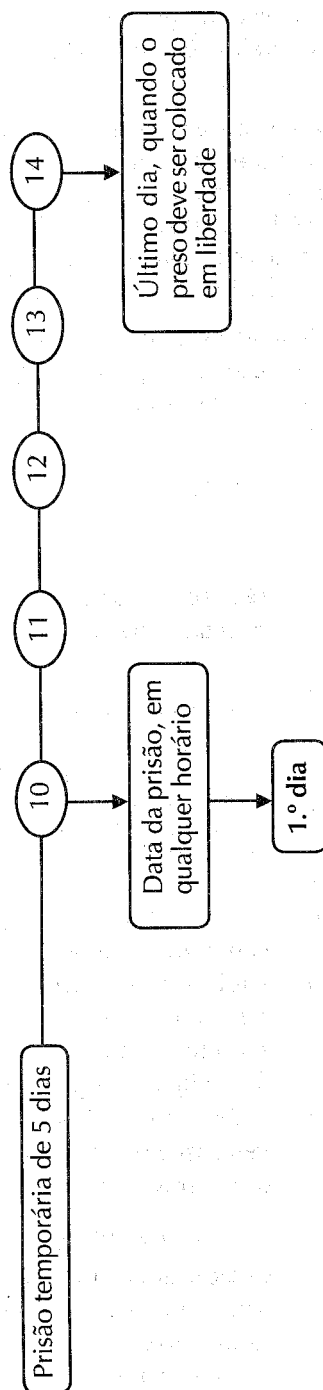
Art. 10. O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo.¹⁰¹ Contam-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum.¹⁰²

101. Diversidade do prazo penal e do processual penal: o prazo penal conta-se de maneira diversa do prazo processual penal. Enquanto neste não se inclui o dia do começo, mas sim o do vencimento (art. 798, § 1.º, CPP), naquele é incluído o primeiro dia, desprezando-se o último. Exemplos: se uma pessoa é recolhida ao cárcere para cumprir dois meses de pena privativa de liberdade, tendo início o cumprimento no dia 20 de março, que é incluído no cômputo, a pena findará no dia 19 de maio. Se alguém for preso às 22 horas de um dia, este dia é integralmente computado, ainda que faltem somente duas horas para findar. Entretanto, se o réu é intimado de uma sentença condenatória no dia 20 de março, cujo prazo de recurso é de 5 dias, vencerá no dia 25 de março. Quando se tratar de instituto de dupla previsão – inserido nos Códigos Penal e de Processo Penal –, como a decadência, por exemplo, deve-se contar o prazo da forma mais favorável ao réu, ou seja, conforme o Código Penal.

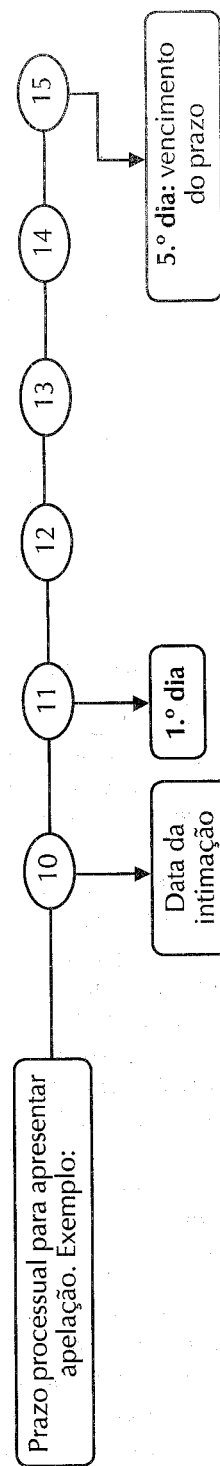
102. Calendário comum: é o gregoriano, no qual os meses não são contados por número de dias, mas de um certo dia do mês à véspera do dia idêntico do mês seguinte, desprezando-se feriados, anos bissextos etc. Segue-se o disposto na Lei 810/49, arts. 1.º (“Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte”), 2.º (“Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte”) e 3.º (“Quando no ano ou mês do vencimento não houver o dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia subsequente”).

CONTAGEM DE PRAZOS PENAIS E PROCESSUAIS

Prazo penal: inclui-se o primeiro dia e, por consequência, despreza-se o último (Art. 10, CP)



Prazo processual: não se inclui o primeiro dia, mas o último (Art. 798, § 1.º, CPP)



NOTAS RELEVANTES

1. Qualquer prazo que envolver a liberdade do réu (ex.: prisão temporária) ou o direito de punir do Estado (ex.: prescrição) é penal.
2. Prazos processuais são prorrogáveis, pois envolvem o direito ao contraditório e/ou à ampla defesa. No exemplo dado, se o dia 11 for feriado, o prazo começa a ser computado no dia útil imediato, ou seja, dia 12. Se o dia 15 for feriado, o prazo prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte, ou seja, dia 16.
3. Se o instituto for previsto tanto no Código Penal, quanto no de Processo Penal, prevalece a contagem como se fosse prazo penal, o que é mais benéfico ao réu. Ex.: decadência (art. 103, CP; art. 38, CPP).

Frações não computáveis da pena

Art. 11. Desprezam-se, nas penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, as frações de dia,¹⁰³ e, na pena de multa, as frações de cruzeiro.¹⁰⁴

103. Desprezo das frações: as frações de dias (horas) não são computadas na fixação da pena, sendo simplesmente desprezadas. Suponha-se alguém condenado, inicialmente, a 6 meses e 15 dias de detenção, pena da qual o juiz deve subtrair um sexto, em razão de alguma atenuante ou causa de diminuição. Seria o caso de extrair 1 mês, 2 dias e 12 horas do total. Entretanto, diante do disposto no art. 11, reduz-se somente o montante de 1 mês e 2 dias, rejeitando-se as horas.

104. Utilização da interpretação extensiva: em se tratando de norma penal não incriminadora, pode-se aplicar a interpretação que extraia o autêntico significado da lei. Onde se lê *cruzeiro*, leia-se *moeda vigente*, no caso presente, o real. As frações de real

são os centavos, que devem ser desprezados na fixação da pena de multa.

Legislação especial

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.¹⁰⁵⁻¹¹¹

105. Aplicação do princípio da especialidade: a Parte Geral do Código Penal é aplicada a toda legislação penal especial, salvo quando esta trouxer disposição em sentido contrário. Exemplo: o art. 14, II, do Código Penal prevê a figura da tentativa, embora o art. 4.º da Lei das Contravenções Penais preceitue não ser punível a tentativa de contravenção.

106. Conflito aparente de normas: é a situação que ocorre quando, ao mesmo fato, parecem ser aplicáveis duas ou mais normas, formando um conflito apenas aparente. O conflito aparente de normas surge no universo da aplicação da lei penal, quando esta

entra em confronto com outros dispositivos penais, ilusoriamente aplicáveis ao mesmo caso. Imagine-se a situação do indivíduo que importa substância entorpecente. À primeira vista, pode-se sustentar a aplicação do disposto no art. 334 do Código Penal (crime de contrabando), embora o mesmo esteja previsto no art. 33 da Lei de Drogas. Estaria formado um conflito aparente entre normas igualmente aplicáveis ao fato ocorrido. O direito, no entanto, oferece mecanismos para a solução desse impasse fictício. Na situação exposta, aplica-se o art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), por se tratar de lei especial. Os critérios para solver os problemas surgidos na aplicação da lei penal são abaixo analisados. Há quem inclua o estudo do *conflito aparente de normas* no contexto do concurso de delitos (mesmo fazendo o destaque de se tratar de um *concurso de leis*), embora não creiamos ser esta a posição adequada. O concurso de crimes é, efetivamente, a concorrência de várias leis, aplicáveis a diversos fatos tipicamente relevantes, como ocorre na prática de inúmeros roubos, passíveis de gerar o concurso material (soma das penas) ou o crime continuado (aplicação da pena de um dos delitos, com um acréscimo). Quando, através de uma ação, o agente comete dois ou mais delitos, ainda assim aplica-se o concurso formal, que é a fixação da pena de um só deles, com uma exasperação. Portanto, como se vê, não há conflito algum de leis penais, mas a aplicação conjunta e uniforme de todas as cabíveis ao fato (ou aos fatos). No cenário do conflito *aparente* de normas, existe uma ilusória idéia de que duas ou mais leis podem ser aplicadas ao mesmo fato, o que não é verdade, necessitando-se conhecer os critérios para a correta *aplicação* da lei penal. Daí por que o mais indicado é destacar o tema do contexto do concurso de crimes ou mesmo do *concurso* de leis. Não são normas que

concorrem (afluem para a mesma situação ou competem), mas que têm destino certo, excluindo umas as outras. Basta saber aplicá-las devidamente. Enfim, inexistente *concurso*, mas mera *ilusão de conflito*. Defendendo o estudo do tema no contexto da aplicação da lei penal, encontra-se a posição de Jiménez de Asúa (*Lecciones de derecho penal*, p. 89). Tendo em vista que o conflito entre normas penais é apenas aparente, convém conhecer os critérios que permitem solucioná-los. Lembremos que é viável resolver o referido conflito valendo-se de mais de um princípio, ao mesmo tempo: conferir o exemplo na nota 19-A ao art. 249 do Código Penal. São, fundamentalmente, cinco: a) critério da sucessividade; b) critério da especialidade; c) critério da subsidiariedade; d) critério da absorção (consunção); e) critério da alternatividade.

106-A. Diferença entre concurso formal e concurso aparente de normas:

no concurso formal, o agente, através de uma só conduta, vulnera vários bens jurídicos, cometendo dois ou mais delitos. Assim, há várias tipicidades, porém um único fato (ex.: o agente desfere um tiro e mata duas pessoas). No concurso de normas penais, o agente afeta um único bem jurídico, havendo uma só tipicidade, embora haja a impressão de que teria praticado dois ou mais delitos (ex.: a mãe, que mata o filho recém-nascido, em estado puerperal, pratica infanticídio, embora fique a impressão de que cometeu também homicídio).

107. Critério da sucessividade: se houver sucessão de tempo entre normas aplicáveis ao mesmo fato, é preferível a lei posterior (*lex posterior derogat priori*). Ex.: o art. 3.º, V, da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular) prevê ser delito “vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”.

Entretanto, o art. 4.º, VI, da Lei 8.137/90 preceitua, identicamente, ser crime “vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência”. Dessa forma, havendo duas normas penais incriminadoras, passíveis de aplicação ao mesmo fato, resolve-se o pretense conflito através do critério da sucessividade, isto é, vale o disposto na Lei 8.137/90, que é mais recente. Outra ilustração do critério da sucessividade tem origem na edição do Código de Trânsito Brasileiro, que, no art. 309, prevê o crime de dirigir veículo sem habilitação, exigindo, para tanto, perigo concreto à segurança viária. Não há dúvida de que, por disciplinar matéria idêntica, ficou derogado o disposto no art. 32 da Lei de Contravenções Penais, ou seja, a parte que cuida da mesma situação de direção de veículo automotor sem habilitação. Assim é o conteúdo da Súmula 720 do STF: “O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres”.

108. Critério da especialidade: lei especial afasta a aplicação de lei geral (*lex specialis derogat legi generali*), como, aliás, encontra-se previsto no art. 12 do Código Penal. Para identificar a lei especial, leva-se em consideração a existência de uma particular condição (objetiva ou subjetiva), que lhe imprima severidade menor ou maior em relação à outra. Deve haver entre os delitos geral e especial relação de absoluta contemporaneidade. Ex.: furto qualificado exclui o simples; crime militar exclui o comum; infanticídio exclui o homicídio. Segundo Nicás, em decisão do Tribunal Supremo da Espanha, considerou-se que o princípio da especialização, conhecido dos juriconsultos romanos, supõe que, quando entre as normas em aparente conflito exista uma

relação de gênero a espécie, esta deve obter a prioridade sobre aquela, excluindo sua aplicação. Requer-se que a norma considerada especial contenha todos os elementos da figura geral, apresentando outras particulares características típicas que podem ser denominadas específicas, especializadoras ou de concreção, constituindo uma subclasse ou subespécie agravada ou atenuada. Em virtude disso, abrange um âmbito de aplicação mais restrito e capta um menor número de condutas ilícitas (*El concurso de normas penales*, p. 117). Note-se que, muitas vezes, na impossibilidade de provar determinada ocorrência, que caracteriza o delito especial, pode-se desclassificar a infração penal para a modalidade genérica. É o que ocorre quando a mãe mata seu filho e não se consegue evidenciar o “estado puerperal”, caracterizador do infanticídio. Responde ela por homicídio. No exemplo mencionado anteriormente, que concerne à importação de mercadoria proibida, caso não fique provado o conhecimento do agente quanto ao conteúdo do que trazia para dentro do País, isto é, torna-se evidente que ele sabia trazer mercadoria vedada pela lei, embora não soubesse tratar-se de substância entorpecente, pode-se desclassificar o tráfico de entorpecentes para contrabando. Lembremos que, como regra, a lei especial não é afetada pela edição de lei nova de caráter geral. Assim, se em determinada lei há um critério específico para o cálculo da pena de multa, advindo modificação no Código Penal, no capítulo genérico que cuida da multa, preserva-se o disposto na legislação especial. Entretanto, há exceções. Quando uma lei geral é benéfica ao réu, contendo nova sistemática para determinado instituto, é natural que possa afetar a legislação especial, pois não teria sentido a existência de dois mecanismos paralelos voltados a um mesmo cenário, cada qual imprimindo uma feição diferenciada

à lei penal. Desse modo, quando o art. 12 do Código Penal preceitua que “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”, refere-se a um contexto genérico, sem se levar em conta o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benéfica. Por isso, quando mencionamos que a lei especial pode disciplinar a cobrança de multa de maneira diversa do que vem disposto no Código Penal, respeita-se a lei especial em detrimento da geral. Mas quando a lei geral, ao ser modificada, afeta essencialmente determinado instituto, igualmente constante em lei especial, esta deve ser afastada para aplicação da outra, que é nitidamente benéfica. É o que ocorreu com o confronto entre o art. 85 da Lei 9.099/95 e o art. 51 do Código Penal, após a edição da Lei 9.268/96. A atual redação do art. 51, considerando a multa como dívida de valor, afasta a possibilidade de sua conversão em prisão, caso não seja paga pelo condenado. Ocorre que o disposto no art. 85 da Lei dos Juizados Especiais estipula que, “não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei”. É verdade que o referido art. 85 fez menção aos “termos previstos em lei”, remetendo, então, ao que preceituava o Código Penal à época (a conversão se dava na proporção de um dia-multa por um dia de prisão até o máximo de 360). Mas, ainda que assim não fosse, não haveria sentido em se manter a conversão da pena de multa não paga em prisão se o sistema penal fundamental foi alterado, ou seja, a Parte Geral do Código Penal já não admite tal situação, até porque modificou o próprio sentido da multa, considerando-a “dívida de valor”. Enfim, nem sempre a lei especial mantém a sua aplicabilidade em face de modificação da lei geral. Tudo está a depender do caráter e da extensão

da modificação havida nesta última: se for alteração na essência do instituto e benéfica ao réu, torna-se evidente a necessidade de sua aplicação, em detrimento da especial.

109. Critério da subsidiariedade (tipo de reserva): uma norma é considerada subsidiária a outra quando a conduta nela prevista integra o tipo da principal (*lex primaria derogat legi subsidiariae*), significando que a lei principal afasta a aplicação de lei secundária. A justificativa é que a figura subsidiária está inclusa na principal. Na lição de Nicás, a norma subsidiária somente se aplica em caso de defeito da norma principal (*lex primaria derogat legem subsidiariam*), preferindo-se esta em detrimento daquela, devendo ter, por questão de lógica, pena mais grave que a do delito subsidiário, pois este é residual (*El concurso de normas penales*, p. 149). Há duas formas de ocorrência: a) *subsidiariedade explícita*, quando a própria lei indica ser a norma subsidiária de outra (“se o fato não constitui crime mais grave”, “se o fato não constitui elemento de crime mais grave”, “se o fato não constitui elemento de outro crime”). Ex.: exposição a perigo (art. 132), subtração de incapazes (art. 249), falsa identidade (art. 307), simulação de autoridade para celebrar casamentos (art. 238), simulação de casamento (art. 239); b) *subsidiariedade implícita* (tácita), quando o fato incriminado em uma norma entra como elemento componente ou agravante especial de outra norma. Ex.: estupro contendo o constrangimento ilegal; dano no furto qualificado pelo arrombamento. Em lei especial (Lei 8.137/90), verificamos ser subsidiário o disposto no art. 2.º, I, em relação ao art. 1.º, I. Em ambos os tipos está prevista a conduta de *prestar declaração falsa sobre bens* às autoridades fazendárias. Ocorre que o art. 2.º, I, é subsidiário, pois se trata de conduta mais leve. No art. 1.º,

I, a declaração falsa implica em efetiva supressão ou redução de tributo, cuja pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Em relação ao art. 2.º, I, a declaração falsa *tem apenas a finalidade* de buscar o não pagamento de tributo, cuja pena é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

110. Critério da absorção (consunção): quando o fato previsto por uma lei está previsto em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última (*lex consumens derogat legi consumptae*). Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Trata-se da hipótese do crime-meio e do crime-fim. Conforme esclarece Nicás, ocorre a consunção quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este da sua função punitiva. A consunção provoca o esvaziamento de uma das normas, que desaparece subsumida pela outra (*El concurso de normas penales*, p. 157). É o que se dá, por exemplo, no tocante à violação de domicílio com a finalidade de praticar furto a uma residência. A violação é mera fase de execução do delito patrimonial. O crime de homicídio, por sua vez, absorve o porte ilegal de arma, pois esta infração penal constitui-se simples meio para a eliminação da vítima. O estelionato absorve o falso, fase de execução do primeiro (ver, nesse caso, o disposto na Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”). A diferença fundamental entre o critério da consunção e o da subsidiariedade é que, neste último caso, um tipo está contido dentro de outro (a lesão corporal está incluída necessariamente no crime de homicídio, pois ninguém consegue tirar a vida de outrem sem lesioná-lo), enquanto

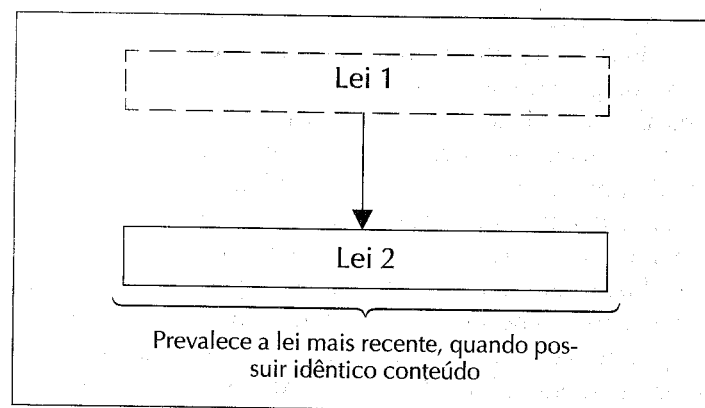
na outra hipótese (consunção) é o fato que está contido em outro de maior amplitude, permitindo uma única tipificação (o homicídio absorve o porte ilegal de arma porque a vítima perdeu a vida em razão dos tiros disparados pelo revólver do agente, o que demonstra estar o fato – portar ilegalmente uma arma – insito em outro de maior alcance – tirar a vida ferindo a integridade física de alguém). Ocorre que é possível matar alguém sem dar tiros, isto é, sem portar ilegalmente uma arma. Assim, a consunção envolve fatos que absorvem fatos, enquanto a subsidiariedade abrange tipos que, de algum modo, contêm outros. Outro exemplo: STJ: “Em razão do princípio da consunção, a lesão corporal culposa no trânsito (art. 303 do CTB) absorve o delito de dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB), em face da menor lesividade do último” (HC 25.084-SP, 5.ª T., rel. Jorge Scartezini, 18.05.2004, v. u., *Bol. AASP* 2.422).

111. Critério da alternatividade: significa que a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra, que também o prevê, de algum modo, como delito. Ex.: o fato *conjunção carnal* permite o enquadramento nos delitos de estupro (art. 213), posse sexual mediante fraude (art. 215) ou até assédio sexual (art. 216-A). Assim, eleito o estupro, estão, automaticamente, afastados os delitos de posse sexual mediante fraude e assédio sexual. Para Sauer, Spiezza, Maggiore, Ranieri, Basileu Garcia e outros penalistas, o critério é inútil e supérfluo, pois tudo pode ser resolvido sempre pela especialidade, subsidiariedade ou consunção. É o que também nos parece. A despeito dessas opiniões, defende o critério Oscar Stevenson: “Sem embargo dessas objeções, justifica-se o princípio da alternatividade. Até mesmo serve como prova de exaustão dos resultados a que se chega no emprego dos demais princípios reitores da

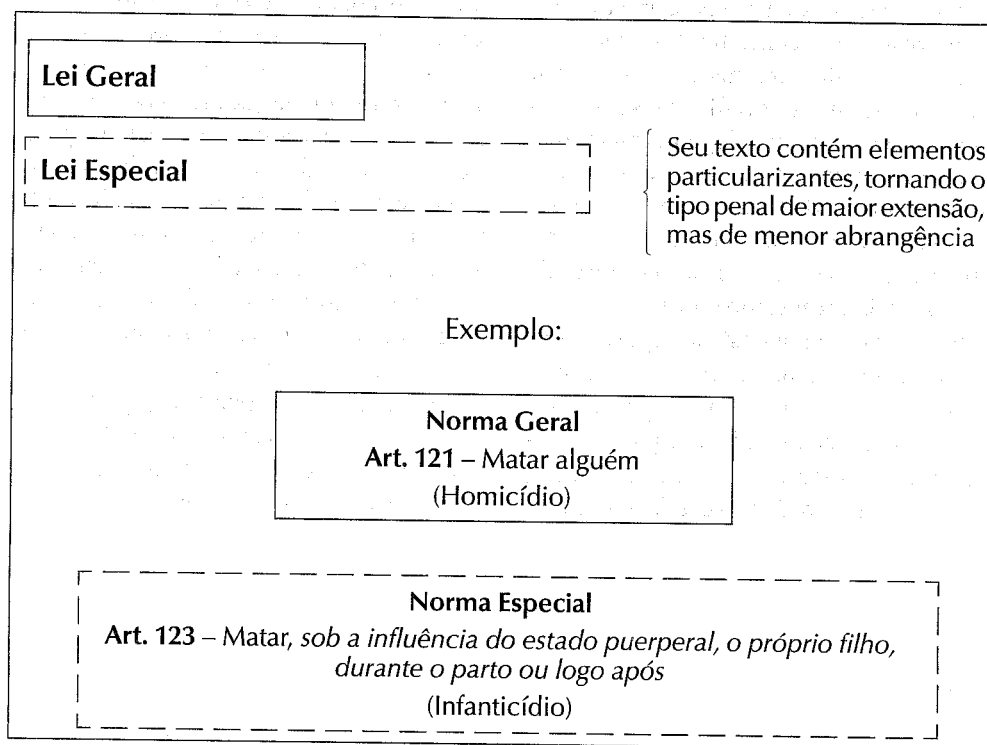
aparente concorrência de normas penais” (Concurso aparente de normas penais, *Estudos em homenagem a Nelson Hungria*). A isso acresce Muñoz Conde, fundado no art. 8.º, § 4.º, do Código Penal espanhol, que o critério da alternatividade deve ser levado em consideração para evitar absurdas impunidades ou despropósitos punitivos, que podem derivar de uma má coordenação das sanções penais de alguns tipos penais de estrutura semelhante. Se a um mesmo fato oferecem-se duas valorações distintas, nenhuma delas podendo ser afastada por razões de especialidade, subsidiariedade ou consunção, deve-se aplicar a norma que contenha a valoração de maior gravidade, o que seria mais fiel à vontade do legislador. Cita, como exemplo, os crimes de ameaça e assédio sexual (arts. 171, 1, e 184 do referido Código Penal), analisando que não teria cabimento punir-se o agente com a pena do assédio sexual, que contém ameaça, mas possui uma pena menor, se o crime de ameaça, sem a finalidade sexual, tem previsão de pena maior. Diz o autor que a mencionada finalidade sexual da ameaça não pode privilegiar aquele que, com uma simples ameaça, poderia obter pena mais elevada (*Derecho penal – Parte general*, p. 523). Preferimos, sem dúvida, a primeira posição, ou seja, o critério da alternatividade é mesmo inútil. Não há que se concordar com a posição esposada por Muñoz Conde, uma vez que, no exemplo oferecido, deve haver, sim, a aplicação do critério da especialidade. O agente, ao assediar sexualmente a vítima, ameaçando-a, busca favores de ordem específica (sexual),

conduta valorada pelo legislador em tipo penal próprio, com pena menos elevada do que a do crime de ameaça na Espanha. Dizer que a finalidade sexual estaria beneficiando o agente é o mesmo que pretender negar o critério da especialidade e até mesmo o princípio da reserva legal, pois ao legislador cabe a fixação das penas e não ao juiz. Se a pena do assédio sexual é menor do que a do delito de ameaça, é porque foi o critério adotado pelo criador da norma, possivelmente considerando menos grave a conduta de quem ameaça para conseguir benefício de ordem sexual, fundando a mencionada ameaça na frustração da expectativa que a vítima pode ter, no seu ambiente de trabalho, de ascensão profissional, por exemplo, do que outra pessoa que produz ameaças para finalidades diversas. Aliás, o disposto no art. 8.º, § 4.º, do Código Penal espanhol parece, de fato, inútil, pois menciona que, não sendo aplicáveis os critérios da especialidade, da subsidiariedade ou da consunção, deve-se levar em consideração sempre o preceito penal que trazer a pena mais grave em detrimento daquele que previr pena menor. Em verdade, buscando-se respeitar o princípio da legalidade e o da culpabilidade, não vemos como aplicar o tipo penal levando em conta, singelamente, o fator “pena”, desprezando-se a sua redação e a finalidade do agente. Logo, não vislumbramos situação fática concreta que admita a aplicação de tal preceito (art. 8.º, § 4.º, CP espanhol), pois os critérios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção são suficientes para desmistificar o pretenso conflito de leis, na verdade inexistente.

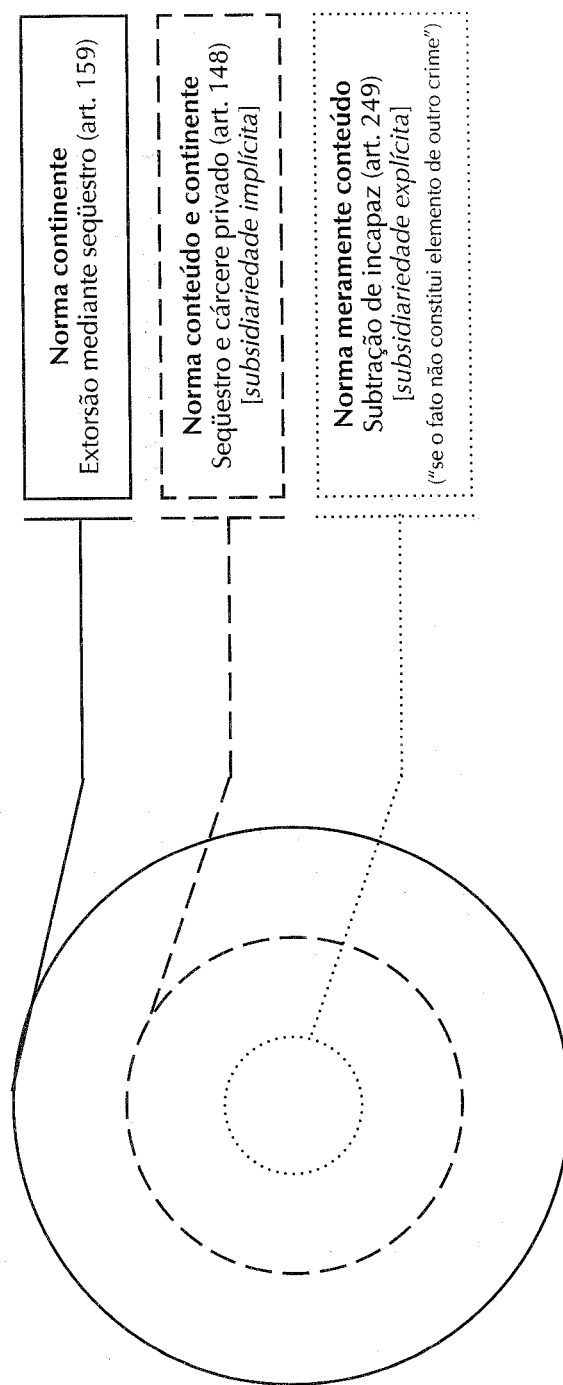
Sucessividade



Especialidade

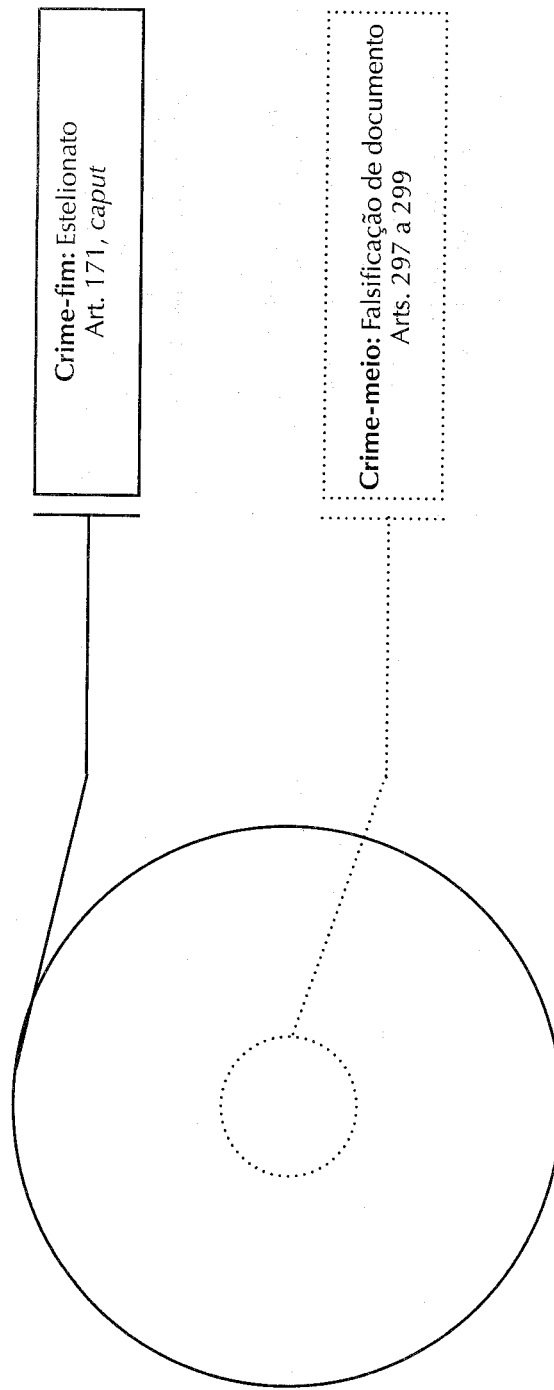


Subsidiariedade = UM TIPO contém outro(s)



Ver nota explicativa do próximo quadro

Consumção (ou Absorção) = UM FATO TÍPICO contém outro(s)



Nota: A diferença fundamental entre a *subsidiariedade* e a *consumção* concentra-se no fato de que, na primeira hipótese, o tipo penal em abstrato possui elementos que indicam conter outro (ou outros); na segunda hipótese, o tipo não contém outro, mas o fato materializado demonstra que um crime serviu de meio para outro ser atingido. No exemplo dado, o estelionato não contém, sempre, a falsidade, mas, concretamente, esta pode ter sido a infração penal utilizada para fazer o agente atingir outra, seu real objetivo. Por isso, o crime-fim deve absorver o crime-meio.

Do crime¹⁻⁵

1. Conceito de crime, sob três prismas: desde logo, cumpre salientar que o conceito de crime é artificial, ou seja, independe de fatores naturais, constatados por um juízo de percepção sensorial, uma vez que se torna impossível apontar a uma conduta, ontologicamente, qualificando-a de criminosa. Em verdade, é a sociedade a criadora inaugural do crime, qualificativo que reserva às condutas ilícitas mais graves e merecedoras de maior rigor punitivo. Após, cabe ao legislador transformar esse intento em figura típica, criando a lei que permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos. Nas palavras de Michel Foucault: “É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural” (*Vigiar e punir*, p. 87). A partir daí, verifiquemos os três prismas dispensados ao conceito de crime: a) *material*: é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, ameaçada de pena. Esse conceito é aberto e informa o legislador sobre as condutas que merecem ser transformadas em tipos penais incriminadores. Como ensina Roxin, “o conceito material de crime é prévio ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune” (*Derecho penal – Parte general*, t. I, p. 51). A palavra *crime* tem um sentido forte e único para a sociedade. Valemo-nos da lição de Roberto Lyra para exemplificar: “Todos hão de saber, porque sentirão, o que devemos exprimir pela palavra *crime*. Julgamos criminologicamente, quando irrompe dentro de nós,

diante de certos fatos, a sentença: ‘Isto é um *crime*’! Este clamor provém da civilização que não se limita a ‘invólucro dentro do qual arde a paixão selvagem do homem’ (Carlyle). Há até uma sistematização subjetiva lançada na consciência humana através de um direito natural que ficou no verbo e agora será conquista, convicção, ação” (*Criminologia*, p. 62-63); b) *formal*: é a concepção do direito acerca do delito. É a conduta proibida por lei, sob ameaça de aplicação de pena, numa visão legislativa do fenômeno; c) *analítico*: é a concepção da ciência do direito, que não difere, na essência, do conceito formal. Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade). Justamente quanto ao conceito analítico é que se podem encontrar as maiores divergências doutrinárias. Há quem entenda ser o crime, do ponto de vista analítico: a) um *fato típico e antijurídico*, sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Celso Delmanto, Flávio Augusto Monteiro de Barros, entre outros); b) um *fato típico, antijurídico, culpável e punível* (Basileu Garcia, Muñoz Conde, Hassemer, Battaglini, Jimenez de Asúa, Antón Oneca, Gimbernat Ordeig, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, entre outros); c) um *fato típico e culpável*, estando a antijuridicidade insita ao próprio tipo (Miguel

Reale Júnior, entre outros adeptos da teoria dos elementos negativos do tipo); d) *fato típico, antijurídico e punível*, constituindo a culpabilidade a *ponte* que liga o crime à pena (Luiz Flávio Gomes); e) um *fato típico, antijurídico e culpável*. Nesta corrente, que é majoritária, no Brasil e no exterior, e com a qual concordamos, dividem-se finalistas (Assis Toledo, Heleno Fragoso, Juarez Tavares, José Henrique Pierangeli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Fernando de Almeida Pedroso, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, Rodolfo Tigre Maia, Jorge Alberto Romeiro, Luiz Luisi, David Teixeira de Azevedo, Rogério Greco, Fernando Galvão, Reinhart Maurach, Heinz Zipf, entre outros), causalistas (Nelson Hungria, Frederico Marques, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha, Paulo José da Costa Júnior, Vicente Sabino Júnior, Salgado Martins, Euclides Custódio da Silveira, Manoel Pedro Pimentel, Roque de Brito Alves, Baumann, Mezger, entre outros) e os adeptos da teoria social da ação, que se propõe a ser uma tentativa de ajuste, num só quadro, dos principais aspectos do causalismo e do finalismo (Jescheck, Wessels, Schmidt, Engisch, Wolff, entre outros). O mais importante, nesse contexto, é perceber que a estrutura analítica do crime não se liga necessariamente à adoção da concepção finalista, causalista ou social da ação delituosa. Aliás, nesse sentido ensina o Ministro Victor Nunes Leal: “Tal como o causalismo, o finalismo vê no delito, analiticamente, uma ação típica, antijurídica e culpável. Mas, como este sistema advém de uma concepção finalista da conduta, é na teoria da ação que se situa a diferença entre os dois sistemas” (prefácio à obra de Juarez Tavares, *Teorias do delito*, p. XV). O causalismo busca ver o conceito de conduta meramente naturalístico, despido de qualquer valoração, ou seja, neutro (ação ou omissão voluntária e consciente que

exterioriza movimentos corpóreos). O dolo e a culpa estão situados na culpabilidade. Logicamente, para quem adota o causalismo, impossível se torna acolher o conceito bipartido de crime (fato típico e antijurídico), como ensina Frederico Marques, para quem o delito possui, *objetivamente* falando, dois elementos (tipicidade e antijuridicidade), mas não prescinde da parte subjetiva (culpabilidade) para formar-se completamente. O finalismo, de Hans Welzel (que, aliás, sempre considerou o crime fato típico, antijurídico e culpável, em todas as suas obras), crendo que a conduta deve ser valorada, porque se trata de um juízo de realidade, e não fictício, deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico. Assim, a conduta, sob o prisma finalista, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade. Ao transferir o dolo para a conduta típica, o finalismo o despiu da consciência de ilicitude (tornando-a potencial), que continuou fixada na culpabilidade. Mais adiante tornaremos a esse ponto. O importante é estabelecer que a teoria tripartida é a mais aceita, por ora, dentre causalistas, finalistas e adeptos da teoria social da ação. Não se pode acolher uma das concepções bipartidas, que refere ser o delito apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a como mero pressuposto da pena. Com primor, alerta Juarez Tavares que “o isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade” (*Teorias do delito*, p. 109). Assim sendo, haveríamos de considerar criminoso o menor de 18 anos simplesmente porque praticou um fato típico e antijurídico ou aquele que, sob coação moral irresistível, fez o mesmo. Em idêntico prisma, o autor de um fato típico

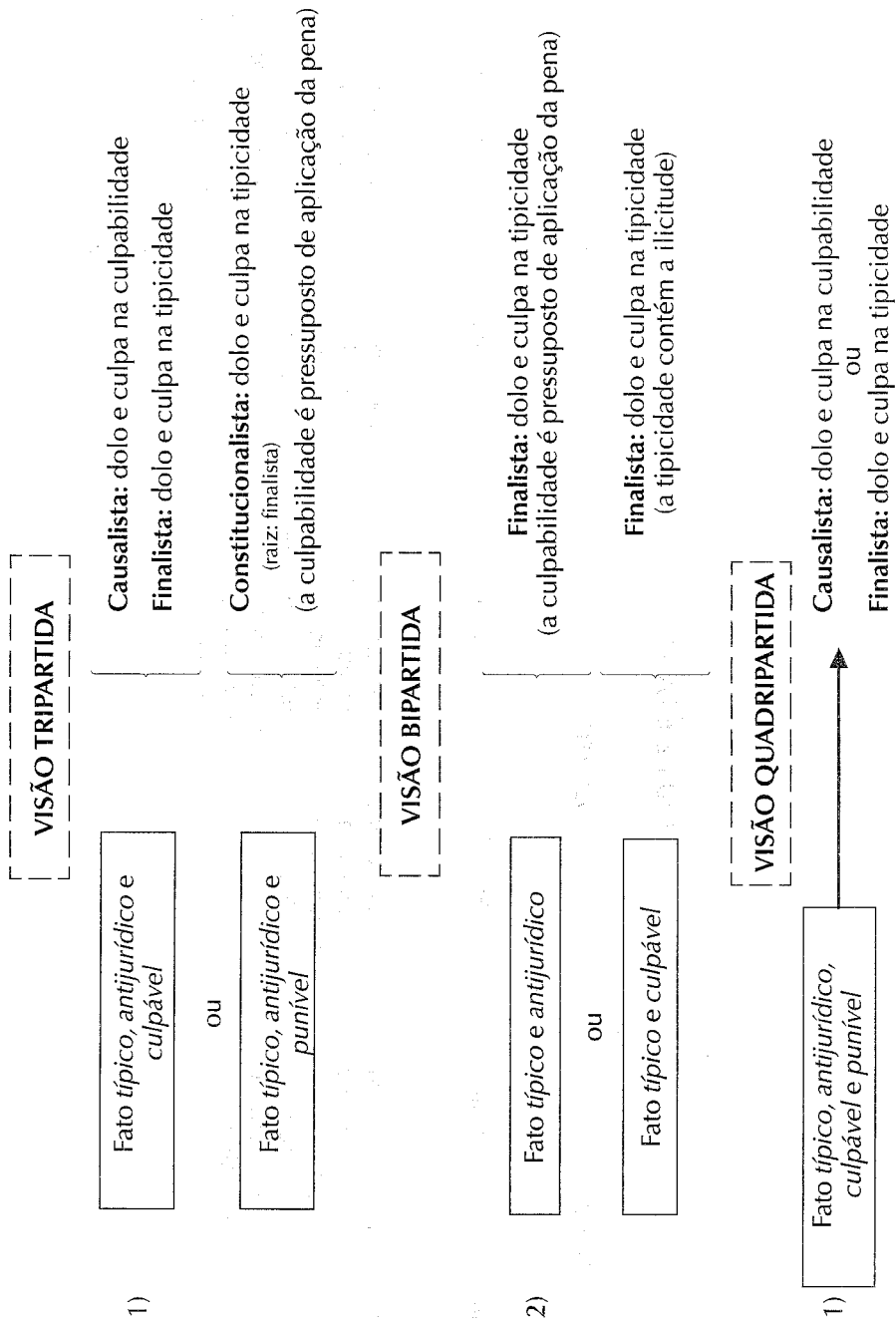
e antijurídico que tenha sido levado à sua prática por erro escusável de proibição. Assim, sem ter a menor idéia de que o que praticava era ilícito, seria considerado um criminoso. E, ainda, o subordinado que segue ordem não manifestamente ilegal de autoridade superior (obediência hierárquica). Ora, se não se pode reprovar a conduta desses agentes, porque ausente a culpabilidade (seja por inimizabilidade, seja por falta de consciência potencial de ilicitude, seja ainda por ausência de exigibilidade de conduta conforme o direito), é incabível dizer que são “criminosos”, mas deixam apenas de receber pena. Se não há reprovação – censura – ao que fizeram, não há crime, mas somente um injusto, que pode ou não dar margem a uma sanção. A importância da culpabilidade se alarga no direito penal moderno, e não diminui, de forma que é inconsistente deixá-la fora do conceito de crime. Não fosse assim e poderíamos trivializar totalmente o conceito de delito, lembrando-se que, levado ao extremo esse processo de esvaziamento, até mesmo tipicidade e antijuridicidade – incluem-se nisso as condições objetivas de punibilidade – não deixam de ser pressupostos de aplicação da pena, pois, sem eles, não há delito, nem tampouco punição. Torna-se curial citar a precisa conclusão de David Teixeira de Azevedo, criticando, identicamente, a posição bipartida (fato típico e antijurídico) do crime: “A concepção do crime apenas como conduta típica e antijurídica, colocada a culpabilidade como concernente à teoria da pena, desmonta lógica e essencialmente a idéia jurídico-penal de delito, além de trazer sérios riscos ao direito penal de cariz democrático, porquanto todos os elementos que constituem pressuposto da intervenção estatal na esfera da liberdade – sustentação de um direito penal minimalista – são diminuídos de modo a conferir-se destaque à categoria

da culpa, elevada agora a pressuposto único da intervenção. Abre-se perigoso flanco à concepção da culpabilidade pela conduta de vida, pelo caráter, numa avaliação tão-só subjetiva do fenômeno criminal. O passo seguinte é conceber o delito tão-só como índice de periculosidade criminal, ao feito extremo da defesa social de Filippo Gramatica, cuidando-se de assistir, para modificar o homem, seus valores, sua personalidade. É uma picada aberta ao abandono do direito penal do fato, pelo desvalor da conduta, e acolhimento do direito penal do autor, de pesadas lembranças” (A culpabilidade e o conceito tripartido do crime, *Atualidades no direito e processo penal*, p. 69). Em igual posição crítica, Juarez Tavares, *Teorias do delito*, p. 109. Ver maiores detalhes sobre o tema nas notas 22, 23 e 24 ao art. 180, § 4.º. Parece conveniente, ainda, tecer algumas considerações sobre a outra teoria tripartida, denominada de *constitucionalista* por quem a defende, para não haver confusão com a tradicional teoria tripartida que exclui punibilidade do conceito de crime, mas inclui culpabilidade. Diz Luiz Flávio Gomes: “Somos partidários, como se vê, de um sistema tripartido, mas que é distinto do clássico ‘fato típico, antijurídico e culpável’. A culpabilidade, na verdade, não faz parte da teoria do delito (do fato punível). É fundamento da pena. De outro lado, jamais existe delito (no nosso direito penal) sem a ameaça de pena (sem punibilidade)” (*Direito penal – Parte geral – Introdução*, 2. ed., p. 85). Segundo nosso entendimento, não se pode acolher essa teoria, por, fundamentalmente, duas razões: a) afirmar que culpabilidade não é parte integrante do conceito de crime, mas, sim, apenas pressuposto da pena é afastar-se da riqueza fornecida pelo juízo de reprovação social gerado pela culpabilidade. Ela somente pode ser *fundamento* e também *limite* para

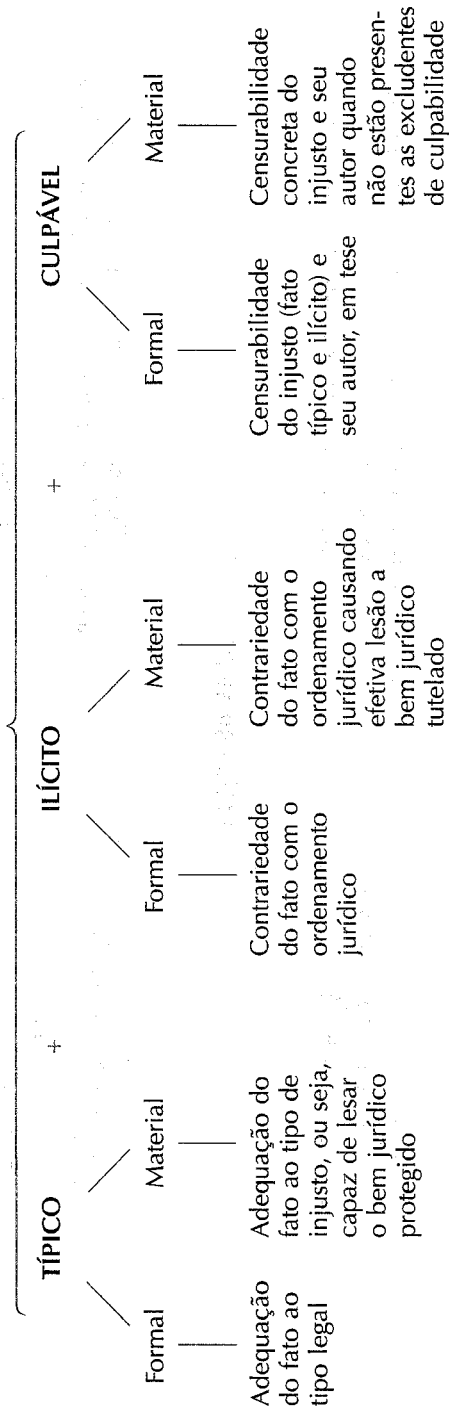
a pena se sobre a mesma erguer-se a fixação da sanção penal. E assim ocorre não porque é mera *ponte* (ou pressuposto, como preferem alguns), mas pelo fato de que não pode haver delito sem reprovação social. Um fato típico e antijurídico é anódino para ser um crime, até porque foge completamente à sua referência material. Nesta visão, como já diziam Michel Foucault e Roberto Lyra (citados no início desta nota), é a sociedade que elege os ilícitos mais graves, que deseja ver sancionados com a pena, isto é, aponta ao legislador o que merece ser considerado crime, aguardando, então, a criação do tipo penal incriminador, que já vem, obviamente, acompanhado de um preceito sancionador (a pena em abstrato). Como se poderia considerar crime o fato típico e antijurídico não censurável? A conduta que é um injusto (típico e antijurídico) pode parecer compreensível aos olhos da sociedade. É o que ocorre quando um enfermo mental, por exemplo, mata outra pessoa. Não se pode censurá-lo, uma vez que, no lugar do agente, quem quer que padecesse do mesmo mal teria feito o mesmo naquelas condições. Logo, inexistente crime, mas somente um injusto penal, cuja sanção nem mesmo é a pena, mas a medida de seguran-

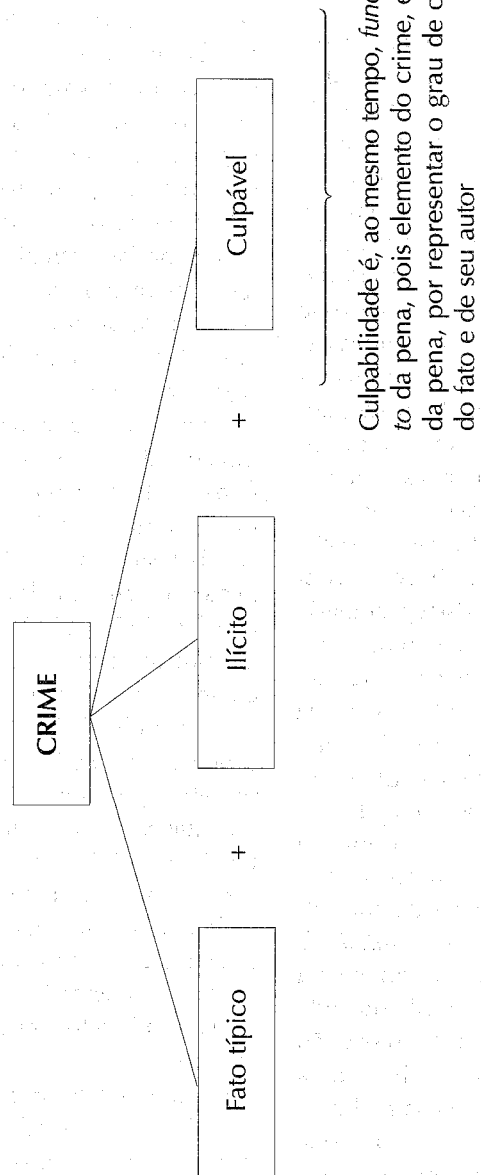
ça. No momento em que desgrudarmos o crime de um lado e a pena de outro, ligando-os pela *ponte* da culpabilidade, correremos o risco de libertar a culpabilidade do crivo da legalidade (não há *crime* – só o fato típico e antijurídico? – sem prévia definição legal), bem como de permitir incontáveis formas de medir a pena que não digam respeito ao fato praticado, quiçá a mera e rejeitada *culpabilidade do autor* (medição da pena exclusivamente por critérios que dizem respeito a quem o agente é, e não ao que ele efetivamente fez); b) dizer que não há crime *sem ameaça de pena* é uma realidade, mas não por conta do fator *punibilidade* – possibilidade efetiva de que o Estado faça valer a sanção penal; afinal, a pena em abstrato está prevista no tipo penal incriminador e não na punibilidade. Se o legislador elaborar um tipo penal sem pena, ainda que o denomine como crime, é natural que se torne insignificante no campo penal, pois inaplicável e, o mais importante, tratar-se-ia de outro fugitivo do conceito material de crime; afinal, delito é o ilícito que a sociedade almeja ver punido com pena e não com qualquer outro tipo de sanção. Continuamos, pois, convencidos de que crime é fato típico, antijurídico e culpável.

CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME (QUADRO SINTÉTICO)



CRIME É FATO





2. **Conceitos de tipicidade, culpabilidade e antijuridicidade:** ver notas 26 ao art. 14, 98 ao art. 22 e 105 ao art. 23.

3. **Diferença entre crime e contravenção penal:** o direito penal estabeleceu diferença entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto, essa diferença não é ontológica ou essencial, situando-se, tão-somente, no campo da pena. Os crimes sujeitam seus autores a penas de reclusão e detenção, enquanto as contravenções, no máximo, implicam em prisão simples. Embora sejam penas privativas de liberdade, veremos as diferenças existentes entre elas em capítulo próprio. Além disso, aos crimes cominam-se penas privativas de liberdade, isolada, alternativa ou cumulativamente com multa, enquanto, para as contravenções penais, admite-se a possibilidade de fixação unicamente da multa (o que não ocorre com os crimes), embora a penalidade pecuniária possa ser cominada em conjunto com a prisão simples ou esta também possa ser prevista ou aplicada de maneira isolada (art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal). Como diz Costa e Silva, comentando o art. 8.º do Código Penal de 1890, “todos os esforços envidados pela ciência para descobrir um traço de diferenciação, claro e preciso, entre o crime e a contravenção têm sido improficuos” (*apud* Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 49). Assim também é a lição de Antolisei, para quem o único método seguro de distinguir o crime da contravenção é ater-se ao direito positivo, verificando a qualidade e a quantidade da pena atribuída à infração penal, vale dizer, a gravidade que o legislador quis atribuir ao fato (*Manuale di diritto penale – Parte generale*, p. 190).

4. **Sujeitos e objetos do crime:** *sujeito ativo* é a pessoa que pratica a conduta descrita pelo tipo penal. Animais e coisas não podem ser sujeitos ativos de crimes, nem autores de *ações*, pois lhes falta o ele-

mento *vontade*. Entretanto, nem sempre foi assim. A história registra casos de animais condenados por suas *atuações criminosas*: “Cita-se o caso do elefante Charlie que foi absolvido por legítima defesa; é notável o exemplo de um galo condenado à morte por haver bicado os olhos de uma criança; recorda-se também o processo instaurado contra o papagaio que dava vivas ao rei, infringindo assim as novas concepções revolucionárias; assinalam-se exemplos, por igual, de cavalos homicidas, veados infantidas e de cachorros acusados de *crimen bestialitatis*” (Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 167). E também: “Historicamente, contudo, registra-se larga incriminação de atos não-humanos, incluso de fatos produzidos por animais: na primeira metade do século XIX, um pesquisador francês (Berriat Saint-Prix) relacionou, por espécies, os animais levados a julgamento penal, de 1120 a 1741, em diferentes tribunais: a primazia esteve com porcos, 21 vezes; em seguida: cavalos (20), bois e vacas (12), asnos e mulas (10), ratos e ratazanas (7), cabras e ovelhas (5), cachorros (5) etc. A propósito, durante a Revolução Francesa (em que pesem as antecedentes perorações ideológicas de Beccaria, de Voltaire, de Verri etc.), um cachorro foi ritualmente condenado à morte, um dia depois da execução de seu dono, um e outro como co-agentes contra-revolucionários. Ao que parece terá sido considerado o primeiro cachorro reacionário ou fundamentalista consagrado pela História” (Ricardo Dip, *Crime e castigo*, p. 166). Objeto de debate acirrado na doutrina sempre foi a possibilidade de *uma pessoa jurídica poder ser autora de uma infração penal*, o que muitos negam sistematicamente, por razões variadas. As principais objeções são as seguintes: a) a pessoa jurídica não tem vontade, suscetível de configurar o dolo e a culpa, indispensáveis presenças para o direito penal moderno, que é a culpabilidade

(*nullum crimen sine culpa*); b) a Constituição Federal não autoriza expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e os dispositivos porventura citados – arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º – são meramente declaratórios. Assim, à pessoa jurídica reservam-se as sanções civis e administrativas e unicamente à pessoa física podem-se aplicar as sanções penais. Nessa ótica, a posição de José Antonio Paganella Boschi: “Já o texto do § 3.º do art. 225 da CF apenas reafirma o que é do domínio público, ou seja, que as pessoas naturais estão sujeitas a sanções de natureza penal e que as pessoas jurídicas estão sujeitas a sanções de natureza administrativa. O legislador constituinte, ao que tudo indica, em momento algum pretendeu, ao elaborar o texto da Lei Fundamental, quebrar a regra por ele próprio consagrada (artigo 5.º, inciso XLV) de que responsabilidade penal é, na sua essência, inerente só aos seres humanos, pois estes, como afirmamos antes, são os únicos dotados de consciência, vontade e capacidade de compreensão do fato e de ação (ou omissão) conforme ou desconforme ao direito” (*Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 133); c) as penas destinadas à pessoa jurídica não poderiam ser privativas de liberdade, que constituem o cerne das punições de direito penal. Afinal, para aplicar uma multa, argumenta-se, basta o disposto no direito administrativo ou civil; d) as penas são personalíssimas, de forma que a punição a uma pessoa jurídica certamente atingiria o sócio inocente, que não tomou parte na decisão provocadora do crime. Há outros fundamentos, embora estes sejam os principais. Em sentido contrário, estão aqueles que defendem a possibilidade de a pessoa jurídica responder pela prática de um delito. Argumentam: a) as pessoas jurídicas têm vontade, não somente porque têm existência real, não constituindo um mito, mas pelo fato de

mente, sua vontade, não no sentido próprio que se atribui ao ser humano, resultante da própria existência natural, mas em um plano pragmático-sociológico, reconhecível socialmente. Essa perspectiva permite a criação de um conceito novo denominado ‘ação delituosa institucional’, ao lado das ações humanas individuais” (Sérgio Salomão Shecaira, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 148; ver, ainda, p. 94-95); b) ainda que não tivessem vontade própria, passível de reconhecimento através do dolo e da culpa, é preciso destacar existirem casos de responsabilidade objetiva, no direito penal, inclusive de pessoa física, como se dá no contexto da embriaguez voluntária, mas não preordenada (maiores detalhes podem ser colhidos nas notas ao art. 28); c) as penas não são a única característica marcante do direito penal, além do que, atualmente, está-se afastando, até mesmo para a pessoa física, a pena de encarceramento, porque não reeducativa e perniciosa; d) os artigos constitucionais mencionados – 173, § 5.º, e 225, § 3.º – são expressos ao admitir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, especialmente o art. 225, § 3.º; e) no tocante às penas serem personalíssimas, o que não se nega, é preciso destacar que a sanção incidirá sobre a pessoa jurídica, e não sobre o sócio. Se este vai ser prejudicado ou não pela punição é outro ponto, aliás, fatal de ocorrer em qualquer tipo de crime. Se um empresário for condenado e levado à prisão, pode sua família sofrer as consequências, embora não tenha participado da prática da infração penal. Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos delitos contra o meio ambiente, por todos os argumentos supracitados. E vamos além: seria possível, ainda, prever outras figuras típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos

delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º, CF). Depende, no entanto, da edição de lei a respeito. No mais, é preciso lembrar que, historicamente, o Tribunal de Nuremberg chegou a condenar, por crimes de guerra contra a humanidade, não somente pessoas físicas, mas corporações inteiras, como a Gestapo e as tropas da SS. Confirma-se, também, o caso retratado por Sidnei Benetti, a respeito da primeira condenação de pessoa jurídica na Justiça francesa: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa, RT 731/471. No Brasil, já se tem registro de condenação de pessoa jurídica por delito contra o meio ambiente: “Penal. Crime contra o meio ambiente. Extração de produto mineral sem autorização. Degradação da flora nativa. Arts. 48 e 55 da Lei 9.605/98. Condutas típicas. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Cabimento. (...) Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3.º) bem como a Lei 9.605/98 (art. 3.º) inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica” (TRF-4.ª Região, Ap. 2001.72.04.002225-0/SC, 8.ª T., rel. Élcio Pinheiro de Castro, 06.08.2003, v.u.). Adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica atualmente, além do Brasil: Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Austrália, Cuba, México, China, Japão, Holanda, Portugal, Escócia, França, Áustria e Dinamarca. Note-se o disposto no Código Penal do Alabama (EUA), disciplinando o conceito de sujeito ativo do crime: “um ser humano, e, onde for apropriado, uma empresa pública ou privada, uma associação, uma sociedade, um governo ou uma instituição governamental” (art. 13 A, 1-2). *Sujeito passivo* é o titular do bem jurídico protegido pelo tipo penal incriminador, que foi violado. Divide-

se em: a) *sujeito passivo formal* (ou constante): é o titular do interesse jurídico de punir, que surge com a prática da infração penal. É sempre o Estado; b) *sujeito passivo material* (ou eventual): é o titular do bem jurídico diretamente lesado pela conduta do agente. Podem repetir-se na mesma pessoa o sujeito passivo formal e o material. Lembremos que inexistem as seguintes possibilidades: a) animais, coisas e mortos como sujeitos passivos; b) confusão, na mesma pessoa, do sujeito ativo e passivo, levando-se em consideração uma única conduta. Assim, não há caso em que, através de determinada conduta, o agente possa ferir-se exclusivamente, provocando a ocorrência de um crime. Para isso, seria necessário punir a autolesão, o que não ocorre no Brasil. Entretanto, é possível haver, no mesmo crime, uma pessoa que seja tanto sujeito ativo quanto passivo, como ocorre na rixa. A situação viabiliza-se porque o delito é constituído de condutas variadas, cada qual tendo por destinatário outra pessoa. Não se deve confundir, ainda, o que foi afirmado – inexistência de delito punindo a autolesão – com situações similares, contendo certamente agressões que o agente faz contra si mesmo, mas cujo bem jurídico protegido é de pessoa diversa. É o que ocorre, por exemplo, no caso do estelionato com fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro (art. 171, § 2.º, V). O agente, nesse caso, pode lesar o próprio corpo ou a saúde (dirige a agressão contra si mesmo), mas com o fim de prejudicar a seguradora, logo, é crime patrimonial, nada tendo a ver com a punição da autolesão. *Objeto do crime* é o bem ou interesse jurídico que sofre as consequências da conduta criminosa. Pode ser: a) *objeto material*: é o bem jurídico; de natureza corpórea ou incorpórea, sobre o qual recai a conduta criminosa. Como explica Frederico Marques, “bem é vocábulo que designa tudo quanto

é apto a satisfazer uma necessidade humana. Ele pode consistir em um objeto do mundo exterior, ou em uma qualidade do sujeito. Pode ainda ter natureza incorpórea, pelo que, ao lado dos bens materiais, existem os bens imateriais ou ideais, que têm particular importância para o Direito Penal” (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 39). Por isso, sustentamos que todo delito possui objeto material, como, aliás, demonstramos nas classificações das infrações penais feitas na Parte Especial. Exemplos de objetos materiais incorpóreos: a) o casamento no crime de bigamia; b) a reputação na calúnia e na difamação; c) a auto-estima na injúria. Salientemos, no entanto, que há posições em *sentido contrário*, não aceitando a possibilidade da existência de crimes cujo objeto material seja incorpóreo. Nesse prisma: David Teixeira de Azevedo, *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, p. 33; b) *objeto jurídico*: é o interesse protegido pela norma penal, como a vida, o patrimônio, a honra, a fé pública, entre outros. Assim, exemplificando, no caso do furto de um veículo: o sujeito ativo é a pessoa que subtraiu o carro; o sujeito passivo é o proprietário do automóvel (sendo sujeito passivo formal o Estado); o objeto material é o veículo; o objeto jurídico é o patrimônio.

5. Classificação dos crimes: constitui tema de suma importância para o estudo dos tipos penais o conhecimento de algumas classificações, que, a seguir, serão expostas: a) *crimes comuns e próprios*: são considerados *comuns* os delitos que podem ser cometidos por qualquer pessoa (ex.: homicídio, roubo, falsificação); são *próprios* os crimes que exigem sujeito ativo especial ou qualificado, isto é, somente podem ser praticados por determinadas pessoas. As qualidades do sujeito ativo podem ser *de fato*, referentes à natureza humana ou à inserção social da pessoa (ex.: mulher no auto-aborto; mãe no infanticídio; enfermidade no

perigo de contágio venéreo), ou *de direito*, referentes à lei (ex.: funcionário público, em vários delitos do Capítulo I, Título XI, da Parte Especial; testemunha no falso testemunho; perito na falsa perícia). Os *próprios* podem ser subdivididos em puros e impuros. Os *puros* dizem respeito aos delitos que, quando não forem cometidos pelo sujeito indicado no tipo penal, deixam de ser crime, caso a conduta se concretize por ato de outra pessoa (ex.: advocacia administrativa – art. 321. Nesse caso, somente o funcionário pode praticar a conduta; se for outra pessoa, não haverá infração penal). Os *impuros* referem-se aos delitos que, se não cometidos pelo agente indicado no tipo penal, transformam-se em figuras delituosas diversas (ex.: se a mãe mata o filho recém-nascido, após o parto, em estado puerperal, é infanticídio; caso um estranho mate o recém-nascido, sem qualquer participação da mãe, cuida-se de homicídio). Nessa ótica, conferir a lição de Nilo Batista (*Concurso de agentes*, p. 96). Dentro dos crimes próprios encontram-se, ainda, os crimes *de mão própria*, que exigem sujeito ativo qualificado, devendo este cometer direta e pessoalmente a conduta típica. Assim, neste último caso, não admitem co-autoria, mas somente participação. É o caso do falso testemunho: somente a testemunha pode, diretamente, cometer o crime, apresentando-se ao juiz para depor e faltando com a verdade. Mencione-se, ainda, o crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338): somente a pessoa que foi expulsa pode cometê-lo, reingressando no território nacional. Há quem sustente poder o crime de mão própria ser comum, isto é, praticado por qualquer pessoa, desde que o faça diretamente. Em nosso entendimento, tal proposta é inviável. O delito de mão própria somente tem significado se pudermos considerá-lo um crime próprio, vale dizer, cometido por sujeito ativo qualificado. Ano-

temos a precisa lição de Maurach: “Há determinados tipos que são necessariamente concebidos, conforme seu conteúdo de ilícito, de tal modo que somente pode ser autor dos mesmos aquele que estiver em condições de realizar, pessoal e diretamente, a conduta proibida. (...) Os terceiros podem chegar a ser cúmplices dos delitos de mão própria (o termo foi criado por Binding), mas não podem ser autores, isto é, nem como co-autores, nem como autores mediatos. (...) A participação nos delitos de mão própria (indução e cumplicidade) é possível de forma restrita, posto que o partícipe coopera na ação *de outro*, e, em consequência, não precisa ter a qualidade de autor” (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 368-369). No mesmo prisma, Welzel cita como exemplos de delitos de mão própria somente os casos de crimes que são igualmente próprios, como o falso testemunho, o incesto (que não temos no Brasil), a deserção, entre outros (*Derecho penal alemán*, p. 128-129). Conferir, também, a lição de Nilo Batista: “Os crimes de mão própria não admitem co-autoria nem autoria mediata na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida” (*Concurso de agentes*, p. 97). E assim deve ser. Somente para argumentar, tomemos como ilustrações as seguintes: as duas modalidades de aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126, CP) são espécies de crimes comuns, logo, jamais serão de mão própria, até pelo fato de ser perfeitamente possível que haja co-autoria (duas parceiras realizam, em conjunto, o aborto da gestante), bem como é viável a autoria mediata (alguém utiliza pessoa inimputável ou induzida em erro para a realização do referido aborto). Se o crime pode ser cometido por interposta pessoa (autoria mediata) ou permite a realização em co-autoria, deixou de ser de mão própria, qualidade da infração penal

que somente aceita a participação (no falso testemunho, por exemplo, pode-se induzir alguém a mentir, mas nunca se poderá *mentir em conjunto*, pois depoimento não é jogral, nem tampouco pode a testemunha valer-se de terceiro para depor em seu lugar). Portanto, para o surgimento do delito de mão própria é fundamental que o sujeito ativo detenha uma qualidade especial, que o tornará único e habilitado à realização da ação típica de forma direta e pessoal. Lembremos, no entanto, em nosso entendimento, que a vedação à autoria mediata diz respeito ao sujeito ativo qualificado que, por deter especial condição, não consegue valer-se de terceira pessoa para o ato. Eventualmente, podemos conceber a hipótese de alguém, valendo-se de coação moral irresistível, obrigar uma testemunha a mentir. Responderia por falso testemunho como autor mediato. O cerne da questão, entretanto, é que a testemunha não tem condições de agir como autor mediato, isto é, valer-se ela de terceira pessoa para em seu lugar depor. Nesses termos é que afastamos a autoria mediata do cenário do crime de mão própria; b) *crimes instantâneos e permanentes*: os delitos instantâneos são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta, que não produz um resultado prolongado no tempo. Assim, ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é instantâneo (ex.: homicídio, furto, roubo). Os delitos permanentes são os que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente. Exemplo disso é o seqüestro ou cárcere privado. Com a ação de tirar a liberdade da vítima, o delito está consumado, embora, enquanto esteja esta em cativeiro, por vontade do agente, continue o delito em franca realização. Outros exemplos: extorsão mediante seqüestro, porte ilegal de arma e de substância entorpecente. Para a identificação do crime per-

manente, oferece a doutrina duas regras: a) o bem jurídico afetado é imaterial (ex.: saúde pública, liberdade individual etc.); b) normalmente é realizado em duas fases, a primeira, comissiva, e a segunda, omissiva (seqüestra-se a pessoa através de uma ação, mantendo-a no cativeiro por omissão). Essas regras não são absolutas, comportando exceções. No crime de introdução de animais em propriedade alheia, causando prejuízo (art. 164, CP), podemos ter a forma permanente e há ofensa a bem jurídico material. Por outro lado, é possível cometer-se o crime na forma omissiva apenas (o carcereiro, que legalmente custodiava o preso, ao receber o alvará de soltura do juiz não o libera, praticando cárcere privado) ou só na forma comissiva (tortura exercida contra alguém através de vários atos). O delito permanente admite prisão em flagrante enquanto não cessar a sua realização, além de não ser contada a prescrição até que finde a permanência. Inserem-se na categoria de crimes instantâneos – e não em uma classe à parte – os crimes instantâneos de efeitos permanentes, que nada mais são do que os delitos instantâneos que têm a aparência de permanentes por causa do seu método de execução. A bigamia é exemplo disso. Ao contrair o segundo casamento, o agente torna-se bigamo, estado que perdura com o passar do tempo. Assim, parece ser um delito permanente, que continuaria a afrontar o casamento, mas, em verdade, é instantâneo. Outro exemplo é o crime de loteamento clandestino: TJSP: “Loteamento irregular é crime instantâneo de efeitos permanentes – a prescrição começa do início do loteamento” (RSE 325.956-3, Atibaia, 5.^a C., rel. Celso Limongi, 22.02.2001, v. u., JUBI 61/01). E, também cuidando do loteamento clandestino, encontramos: TJSP: “O crime é de consumação instantânea, ainda que da ação decorram efeitos permanentes, como no caso de abertura de ruas,

placas de propaganda afixadas no local etc. A consumação se dá com a prática de dar início ao parcelamento, através de uma das diversas condutas já enumeradas, e independe da efetiva realização do projeto” (HC 342.363-3/1, Cunha, 1.^a C. Extraordinária, rel. Xavier de Souza, 14.03.2001, v. u.). Segue também: STF: “1. No caso, a conduta assumida pelo impetrante, *a despeito de produzir efeitos permanentes quanto ao beneficiário da falsificação da CTPS, materializou, instantaneamente, os elementos do tipo*. Descaracterização da permanência delitiva. 2. Nos crimes instantâneos, a prescrição é de ser computada do dia em que o delito se consumou ou do dia em que cessou a atividade criminosa (no caso de tentativa). 3. Transcurso de lapso temporal superior ao prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Reconhecimento da prescrição retroativa. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade do impetrante” (HC 94.148-SC, 1.^a T., rel. Carlos Britto, 03.06.2008, v. u., grifamos). Há, ainda, outras espécies de crimes instantâneos, que possuem formas peculiares de consumação. É o caso dos delitos instantâneos de continuidade habitual, isto é, aqueles que se consumam através de uma única conduta provocadora de um resultado instantâneo, mas que exige, em seguida, para a configuração do tipo, a reiteração de outras condutas em formato habitual. Note-se o caso do art. 228 (favorecimento à prostituição): “Induzir ou atrair alguém à prostituição...”. A mera indução (dar a idéia) é a conduta do agente e o resultado não depende da sua vontade, configurando-se tão logo a pessoa se prostitua. Ainda que se possa falar em “resultado instantâneo”, pois o que se pune é apenas o *favorecimento à prostituição*, e não o comércio do próprio corpo, depende-se, para a perfeita configuração típica, de prova concreta da reiterada conduta da vítima, uma vez que *prostituição*

implica em habitualidade (maiores detalhes podem ser encontrados nas notas ao art. 228). É o que ocorre também nos delitos previstos nos arts. 230, 231, 247, I e II. Existe, também, o crime instantâneo de habitualidade preexistente, que é a figura típica passível de concretização pela prática de uma única conduta, com resultado instantâneo, embora exija, para tanto, o desenvolvimento habitual de outro comportamento preexistente. É o que ocorre no caso de venda de mercadoria de procedência estrangeira, introduzida clandestinamente no País, *no exercício de atividade comercial* (art. 334, § 1.º, c, CP). Não existindo anteriormente a prática habitual do comércio, não se configura o delito nesse tipo penal previsto, embora seja ele instantâneo. Por derradeiro, vale mencionar o denominado *crime eventualmente permanente*, que é o delito instantâneo, como regra, mas que, em caráter excepcional, pode realizar-se de modo a lesionar o bem jurídico de maneira permanente. Exemplo disso é o furto de energia elétrica. A figura do furto, prevista no art. 155, concretiza-se sempre instantaneamente, sem prolongar o momento consumativo, embora, como o legislador equiparou à coisa móvel, para efeito punitivo, a energia elétrica (art. 155, § 3.º), permite-se, certamente, lesionar o bem jurídico (patrimônio), desviando a energia de modo incessante, causando prejuízo continuado à distribuidora de energia. Observação interessante, que merece registro, é feita por Giovanni Grisolia, no sentido de que muitos delitos, considerados instantâneos, podem transformar-se em permanentes, desde que a atividade possa se prorrogar no tempo. Tal situação ocorre porque cada fato-crime é composto por uma conduta conforme a vontade do agente. E cada conduta tem uma dimensão temporal, uma duração, que pode ser brevíssima ou pode estender-se longamente no tempo: tudo

depende da natureza da atividade, do bem sobre o qual incide a conduta e da vontade do agente. Uma violência sexual pode estender-se mais ou menos no tempo, por exemplo (*Il reato permanente*, p. 4); c) *crimes comissivos, omissivos, comissivos por omissão e omissivos por comissão*: os delitos comissivos são os cometidos por intermédio de uma ação (ex.: estupro); os omissivos são praticados através de uma abstenção (ex.: omissão de socorro); os comissivos por omissão são os delitos de ação, excepcionalmente praticados por omissão, restrita aos casos de quem tem o dever de impedir o resultado (art. 13, § 2.º); os omissivos por comissão são os cometidos, normalmente, através de uma abstenção, mas que podem ser, excepcionalmente, praticados pela ação de alguém (ex.: é o caso do agente que impede outrem, pelo emprego da força física, de socorrer pessoa ferida); d) *crimes de atividade e de resultado*: chamam-se delitos de atividade os que se contentam com a ação humana esgotando a descrição típica, havendo ou não resultado naturalístico. São chamados de formais ou de mera conduta. É o caso da prevaricação (art. 319). Contenta-se o tipo penal em prever punição para o agente que deixar de praticar ato de ofício para satisfazer interesse pessoal, ainda que, efetivamente, nada ocorra no mundo naturalístico, ou seja, mesmo que a vítima não sofra prejuízo. Embora controversa, há quem estabeleça diferença entre os crimes de atividade, vislumbrando situações diversas quanto aos formais e aos de mera conduta. Os formais seriam os crimes de atividade que comportariam a ocorrência de um resultado naturalístico, embora não exista essa exigência (reportamo-nos ao exemplo da prevaricação). Os de mera conduta seriam os delitos de atividade que não comportariam a ocorrência de um resultado naturalístico, contentando-se unicamente em punir a conduta do agente (ex.: violação de correspondência,

reingresso de estrangeiro expulso, ato obsceno e algumas formas da violação de domicílio). Na categoria dos crimes de atividade, especificamente nos delitos formais, insere-se o crime *exaurido*, que é o delito que continua a produzir resultado danoso depois de estar consumado. É o que ocorre, por exemplo, no delito formal da prevaricação: se o agente prevaricador, que consumou o crime somente por deixar de praticar o ato de ofício, ainda conseguir prejudicar, efetivamente, a vítima, terá provocado o exaurimento do delito. Por vezes o exaurimento leva à exasperação da pena: ver arts. 317, § 1.º, 329, § 1.º. Os crimes de resultado (materiais ou causais) são aqueles que somente se concretizam se atingirem um resultado naturalístico, isto é, uma efetiva modificação do mundo exterior. Nas palavras de Manoel Pedro Pimentel, delito material “é aquele em que a descrição feita no preceito primário da norma inclui, como elemento essencial do fato típico, a produção de um determinado resultado. É o crime de dano por excelência. O efeito lesivo deve se concretizar em uma exteriorização destacada da ação” (ob. cit., p. 76). Exemplos: homicídio, roubo, dano, estelionato; e) *crimes de dano e de perigo*: os delitos de dano são os que se consumam com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos. Os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano. Ver maiores comentários no Capítulo III, do Título I, da Parte Especial. Registremos que os delitos de perigo, como regra, são editados para evitar a prática dos crimes de dano. Logo, espera-se que tenham penas mais brandas que as infrações de dano, com as quais apresentem ligação. Afinal, a probabilidade de dano é menos lesiva do que o dano em si. Note-se, entretanto, o disposto no art. 15 da Lei 10.826/2003: “Disparar

arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, *desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime*: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa” (grifamos). Ora, se o agente dispara a arma de fogo em lugar habitado com o objetivo de provocar lesão corporal leve (crime de dano), sofreria uma pena de detenção, de três meses a um ano (art. 129, *caput*, CP), dependente, ainda, de representação da vítima (ação pública condicionada). Parece-nos um desvirtuamento do panorama lógico-sistemático no quadro dos delitos de perigo e de dano. Os de perigo não poderiam ser apenados mais gravemente que os de dano, como regra, repita-se. Inverte-se, no fundo e pouco a pouco, o horizonte a ser alcançado pelo direito penal nesse cenário. Quem provoca lesão corporal leve dolosa, em função de disparo de arma de fogo, comete infração penal de menor potencial ofensivo; aquele que dá um disparo de revólver num terreno baldio de determinada cidade, sem atingir ninguém, pode ser processado e condenado (ação pública incondicionada) a uma pena de, no mínimo, dois anos de reclusão. É preciso coerência, o que não vem sendo a realidade jurídica na criação de leis penais no Brasil. Aliás, basta constatar que o delito de perigo, previsto no art. 273 do Código Penal, possui pena cominada de reclusão, de dez a quinze anos, e multa, superior, portanto, ao crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, CP). Outro diferencial que merece anotação é em relação ao elemento subjetivo. O dolo de dano é a vontade de causar lesão a um bem jurídico tutelado. O dolo de perigo, no entanto, significa a vontade de vivenciar uma situação de risco intolerável e juridicamente vedada; f) *crimes unissubjetivos e plurissubjetivos*: são unissubjetivos os crimes que podem ser praticados por uma só pessoa (ex.: aborto, extorsão, epidemia, homicídio,

constrangimento ilegal, entre outros), enquanto denominam-se plurissubjetivos aqueles que somente podem ser cometidos por mais de uma pessoa (ex.: rixa, quadrilha ou bando, bigamia, entre outros). Isto não significa, no caso dos plurissubjetivos, que todas as pessoas devam ser penalmente punidas. É o caso da bigamia, que exige, pelo menos, duas pessoas para a sua configuração, embora uma delas possa não ser responsabilizada, pois não é casada, nem sabe que a outra o é. Os delitos plurissubjetivos são, ainda, conhecidos pelas seguintes denominações: crimes convergentes, delitos de encontro, crimes de concurso necessário, delitos coletivos, crimes multitudinários e crimes de autoria múltipla (esta última foi adotada em julgamento feito pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: Rev. 254.056-3, 2.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gonçalves Nogueira, 03.11.1998, v. u.); g) *crimes progressivos e crimes complexos*: ambos fazem parte do fenômeno denominado continência, que se dá quando um tipo engloba outro. Pode ser a continência: *explícita*, quando um tipo penal expressamente envolve outro, como ocorre no caso do crime complexo (ex.: o roubo envolve o furto, a ameaça e a ofensa à integridade física); e *implícita*, quando um tipo penal tacitamente envolve outro, que é o crime progressivo. Para cometer um homicídio, necessariamente passa o agente pelo crime de lesão corporal, que no outro está contido. Convém, ainda, mencionar que há uma *divisão*, no contexto dos crimes complexos, em: *complexos em sentido estrito*, que é a autêntica forma de delito complexo, pois um tipo penal é formado pela junção de dois ou mais tipos, como no exemplo supracitado do roubo; *complexos em sentido amplo*, que é a forma anômala de delito complexo, pois o tipo penal engloba um outro tipo associado a uma conduta lícita qualquer. Como exemplo, pode-se mencionar o estupro, formado de um constran-

gimento ilegal (crime previsto no art. 146 do Código Penal) associado à relação sexual (por si só, conduta lícita). Parte da doutrina, no entanto, critica a denominação de *crime complexo em sentido amplo*. Alega-se que o verdadeiro crime complexo, como indicado no art. 101 do Código Penal, quer significar um tipo penal formado de outros crimes e não englobando apenas um. Entretanto, preferimos considerar existentes as duas formas de crimes complexos—afinal, o mencionado art. 101 estaria fazendo referência, exclusivamente, ao delito complexo *em sentido estrito*. Sobre a natureza jurídica do crime complexo, ensina Nuria Castelló Nicás que não deixa de ser um concurso de delitos, pois, de acordo com sua configuração técnico-legislativa, em lugar de se castigarem separadamente as lesões a variados bens jurídicos, opta-se pela figura complexa, mais específica, estabelecendo uma valoração conjunta dos fatos concorrentes (*El concurso de normas penales*, p. 52); h) *progressão criminosa*: trata-se da evolução na vontade do agente, fazendo-o passar, embora num mesmo contexto, de um crime a outro, normalmente voltado contra o mesmo bem jurídico protegido. Denomina-se progressão criminosa propriamente dita ou progressão em sentido estrito, como ensina Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 474), a ocorrência de um crime progressivo cujos atos se apresentam, por exceção, desgarrados, temporariamente afastados. Quer o agente lesionar a vítima; após um período, delibera matá-la. Será punido unicamente pelo fato mais grave. Difere esta situação (progressão criminosa) do crime progressivo, em função do elemento subjetivo. Na progressão, a intenção inicial era a lesão, que evoluiu para o homicídio, enquanto no progressivo, o agente delibera matar, passando, por necessidade, pela lesão. O mesmo exemplo é utilizado por Antolisei, que denomina essa modalidade de progres-

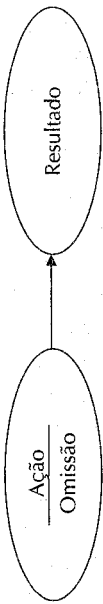
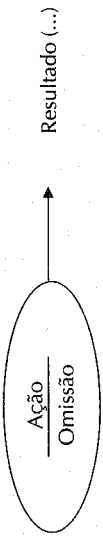
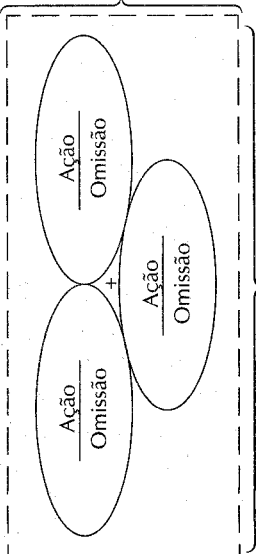
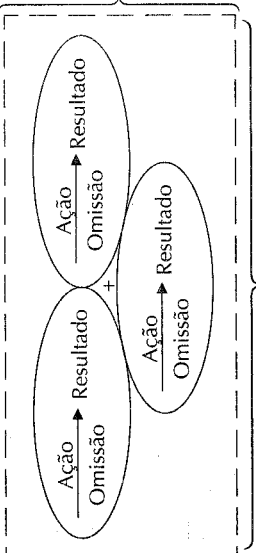
são de *progressão criminosa em sentido estrito* (*Manuale di diritto penale – Parte generale*, p. 538) Há, ainda, na progressão criminosa, o que se chama de *fato antecedente não punível*, significando que um delito serviu de meio para se atingir outro, desde que se trate do mesmo contexto delituoso. Usa-se o critério da absorção. É o que ocorre no caso do agente que contrabandeia um produto (art. 334) para, depois, vendê-lo (art. 334, § 1.º). Por derradeiro, fala-se, também, no *fato posterior não punível*, que é a sucessão de fato menos grave, contra objeto jurídico já atingido por delito mais grave, inexistindo motivo para a dupla punição. Exemplo disso ocorre quando o sujeito envenena água potável (art. 270) e, em seguida, entrega-a para consumo (art. 270, § 1.º). O mesmo se dá quando o agente furta um objeto (art. 155, CP) e, na sequência, o destrói (art. 163, CP). Nesse caso, no entanto, conforme lição de Nuria Castelló Nicás, com a qual concordamos, a não punição do dano, que se seguiu ao furto, é mera política criminal, evitando-se a cumulação de sanções penais. Afinal, rigorosamente falando, deveria o agente ser punido em concurso material, pois, no caso de simples furto, o dono da coisa ainda tem a expectativa de recuperá-la. Se for destruída, perde-se para sempre (*El concurso de normas penales*, p. 55). Esse último caso é a denominada progressão criminosa em sentido lato; i) *crime habitual*: é aquele que somente se consuma através da prática reiterada e contínua de várias ações, traduzindo um estilo de vida indesejado pela lei penal. Logo, pune-se o conjunto de condutas habitualmente desenvolvidas, e não somente uma delas, que é atípica. São requisitos para o seu reconhecimento: a) reiteração de vários fatos, b) identidade ou homogeneidade de tais fatos, c) nexo de habitualidade entre os fatos (cf. Marino Petrone, *Reato abituale*, p. 17). É modalidade específica de crime, não admitindo confusão com

os instantâneos e os permanentes. Configura, em nosso entender, equívoco a classificação que aponta a convivência da habitualidade com a permanência, isto é, o crime habitual não é permanente e vice-versa. O delito permanente consuma-se numa única conduta e o resultado prolonga-se no tempo, enquanto o habitual exige a prática de várias condutas, analisadas em conjunto no momento da aplicação da lei penal, a fim de se verificar se houve ou não habitualidade. Logo, os crimes habituais, diferentemente dos permanentes, não admitem tentativa (ver a nota 35 ao art. 14), nem tampouco suportam prisão em flagrante (ver maiores comentários na nota 37 ao art. 229). A impossibilidade de se aceitar essa modalidade de prisão quanto aos delitos habituais explica-se porque jamais a polícia teria condições de verificar que o crime habitual se consumou, isto é, de constatar a atualidade da conduta. Além disso, o crime habitual não tem suporte para configurar uma situação duradoura, persistente no tempo, passível de constatação e controlável, justificando a prisão em flagrante. A conduta do delito habitual é, por natureza, nebulosa e impossível de verificação à primeira vista. Em outro prisma, a flagrância não se dá no delito habitual porque o seu cometimento é dilatado no tempo, não representando uma *surpresa* (como exigiria o flagrante), mas apenas uma constatação da habitualidade, ou seja, da frequência dos atos. Assim: Mario Petrone (*Reato abituale*, p. 82-83). Quanto ao flagrante, há posição em sentido contrário, admitindo-o: TJSP: “Via de regra, a sindicância prévia constitui o melhor elemento para a definição da habitualidade. Isso não significa, porém, que ela seja imprescindível, desde que no próprio auto de flagrante sejam colhidas provas convincentes da habitualidade” (tratando de casa de prostituição – RT 415/55). A justificativa concentra-se no fato de que, consumada a

infração habitual, torna-se permanente. Deve-se, ainda, distinguir o crime habitual próprio do habitual impróprio. Aquele é o delito habitual propriamente dito (denominado de habitualidade constitutiva), que somente se tipifica apurando-se a reiteração de condutas do agente, de modo a configurar um estilo próprio de vida, enquanto o habitual impróprio (chamado de habitualidade delitiva) é a reiteração na prática de crimes instantâneos ou permanentes (ex.: pessoa que vive do cometimento de furtos repetidamente realizados). Acrescente-se, também, a existência da habitualidade agravante, quando é inserida a reiteração da prática criminosa como causa de aumento da pena, embora o delito seja instantâneo ou permanente (ex.: o crime de lavagem de dinheiro reiteradamente praticado provoca a elevação de um a dois terços, conforme disposto no art. 1.º, § 4.º, da Lei 9.613/98); j) *crimes unissubsistentes e plurissubsistentes*: os delitos unissubsistentes são os que admitem a sua prática através de um único ato, enquanto os plurissubsistentes exigem vários atos, componentes de uma ação. Há figuras delitivas que admitem ambas as hipóteses. É exemplo de crime unissubsistente a injúria verbal. Não se admite tentativa nesse caso. Como exemplo de crime plurissubsistente pode-se mencionar o homicídio; l) *crimes de forma livre e de forma vinculada*: são delitos de forma livre os que podem ser praticados de qualquer modo pelo agente, não havendo, no tipo penal, qualquer vínculo com o método. Ex.: apropriação indébita, infanticídio, lesão corporal, entre outros. São delitos de forma vinculada aqueles que somente podem ser cometidos através de fórmulas expressamente previstas no tipo penal, como demonstra o caso do curandeirismo (art. 284). Em lei especial, pode-se citar o art. 4.º da Lei 8.137/90, que elenca o rol de condutas constitutivas de crime contra a ordem econômica; m) *crimes vagos*

(multivitimários ou de vítimas difusas): são aqueles que não possuem sujeito passivo determinado, sendo este a coletividade, sem personalidade jurídica. São os casos da perturbação de cerimônia funerária (art. 209) e da violação de sepultura (art. 210), entre outros. É evidente que o crime vago é o delito sem vítima, embora, como lembra Ana Sofia Schmidt de Oliveira, há que se levar em conta outra categoria de crime sem vítima, que é a “categoria de crimes em que há pleno acordo de vontades entre os envolvidos e que não gera nenhum sentimento de vitimização. São também denominados *crimes consensuais*”. Nesses casos, o indivíduo, ao violar a lei, não provoca nenhum tipo de lesão a outra pessoa e fica submetido unicamente ao julgamento da sociedade, porque teria causado um mal a si mesmo ou estaria inconformado de ter de agir conforme um padrão de comportamento moral eleito pela sociedade. Seria o caso da autolesão, da tentativa de suicídio e até mesmo das relações homossexuais consentidas entre adultos, que algumas legislações insistem em punir. A solução, para a autora, é a descriminalização, uma vez que há flagrante contra-senso na existência de um crime *sem vítima* (*A vítima e o direito penal*, p. 83-84); n) *crimes remetidos*: são os tipos penais que fazem expressa remissão a outros. Ex.: uso de documento falso (art. 304); o) *crimes condicionados*: são os que dependem do advento de uma condição qualquer, prevista no tipo (interna) ou não (externa), para se configurarem. Ex.: o crime falimentar depende, em regra, do advento da sentença de falência. Não admitem tentativa; p) *crimes de atentado (ou de empreendimento)*: são os delitos que prevêm, no tipo penal, a forma tentada equiparada à modalidade consumada. Ex.: art. 352 (“Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa”).

DIFERENÇAS ENTRE OS CRIMES INSTANTÂNEOS, PERMANENTES, HABITUAIS E CONTINUADOS

Instantâneo	Permanente
<p>O resultado é determinado na linha do tempo</p> 	<p>O resultado se arrasta na linha do tempo sem necessidade de novas ações do agente</p> 
Habitual	Crime continuado
<p>O resultado é o conjunto de ações / omissões que demonstram habitualidade, ou seja, um estilo de vida próprio</p>  <p>Obs.: Cada ação / omissão, destacada do conjunto, constitui fato atípico</p>	<p>Há várias ações e resultados fáticos, mas que são unificados em face do disposto no art. 71 do Código Penal</p>  <p>Obs.: Cada parte (ação / omissão → resultado), se destacada do conjunto, constitui crime autônomo</p>

Relação de causalidade⁶

Art. 13. O resultado,⁷ de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa⁸ a ação⁹⁻¹⁰ ou omissão¹¹ sem a qual o resultado não teria ocorrido.¹²⁻¹³

Superveniência de causa independente¹⁴

§ 1.º A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado;¹⁵ os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.¹⁶

Relevância da omissão¹⁷

§ 2.º A omissão¹⁸ é penalmente relevante¹⁹ quando o omitente devia e podia agir²⁰ para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;²¹

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;²²

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.²³

6. Conceito de relação de causalidade: é o vínculo estabelecido entre a conduta do agente e o resultado por ele gerado, com relevância para formar o fato típico. Portanto, a relação de causalidade tem reflexos diretos, em nosso entender, na tipicidade.

7. Conceito de resultado: há dois critérios para analisar o *resultado*: a) *naturalístico*: é a modificação sensível do mundo exterior. O evento está situado no mundo físico, de modo que somente se pode falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos. Exemplo: a morte de uma pessoa é um *resultado* naturalisticamente comprovável. Apóiam essa teoria

do resultado: Antolisei, Grispigni, Florian, Bettiol, Petrocelli, Haus, Soler, Frederico Marques, Magalhães Noronha (cf. Manoel Pedro Pimentel, *Crimes de mera conduta*, p. 90); b) *jurídico ou normativo*: é a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado. Ex.: a invasão de um domicílio, embora possa nada causar sob o ponto de vista naturalístico, certamente provoca um resultado jurídico, que é ferir o direito à inviolabilidade de domicílio do dono da casa. O critério jurídico foi o adotado pelo legislador, bastando analisar o disposto na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, que a Reforma Penal de 1984 manteve, mencionando que “não há crime sem resultado”. Aliás, interessante crítica foi feita por Manoel Pedro Pimentel, dizendo que a expressão “não há crime sem resultado” equivale a dizer o óbvio: “não há crime sem crime” (*Crimes de mera conduta*, p. 14). Apóiam a teoria do resultado jurídico: Pannain, Delitala, Vannini, Pergola, Ranieri, Jiménez de Asúa, Nelson Hungria, Basileu Garcia e Aníbal Bruno (cf. Pimentel, ob. cit., p. 90). Prevalece, na doutrina pátria, no entanto, o conceito naturalístico de resultado. Justamente por isso, faz-se diferença entre crimes de atividade (formais e de mera conduta) e de resultado (materiais). Em verdade, a relação de causalidade somente tem real importância no cenário dos crimes materiais, isto é, aqueles que necessariamente relacionam a conduta a um resultado concreto, previsto no tipo. Não ocorrendo o resultado, não há consumação do crime. Os delitos de atividade (formais ou de mera conduta), que se configuram na mera realização da conduta, pouco importando se há ou não resultado naturalístico, pouco se valem da teoria do nexo causal.

8. Conceito de causa: significa toda ação ou omissão indispensável para a configuração do resultado concreto, por menor que seja o seu grau de contribuição. Não há qualquer diferença entre causa, condição (aquilo que permite à causa produzir o seu efeito) e ocasião (circunstância accidental que favorece a produção da causa), para fins de aplicação da relação de causalidade. Para apurar se alguma circunstância fática é causa do crime, deve-se utilizar o critério do *juízo hipotético de eliminação*, ou seja, abstrai-se determinado fato do contexto e, se ainda assim o resultado se produzisse, não seria ele causa do resultado. Ex.: o fornecimento do revólver utilizado pelo agente para desfechar os tiros que levaram a vítima à morte é causa do crime, pois a sua abstração faria desaparecer a arma do delito e, conseqüentemente, os tiros. Maiores detalhes serão expostos na próxima nota.

9. Conceito de conduta e seus principais elementos: “etimologicamente, a palavra conduta é latina e significa conduzida ou guiada; quer dizer que todas as manifestações compreendidas no termo de conduta são ações conduzidas ou guiadas por algo que está fora das mesmas: pela mente. Dessa maneira, o estudo da conduta, considerada assim, assenta sobre um dualismo ou uma dicotomia corpo-mente, sobre a tradição do mais puro idealismo, no qual a mente tem existência própria e é o ponto de origem de todas as manifestações corporais; segundo essa perspectiva, o corpo é somente um instrumento ou um veículo do qual se vale a mente (alma) para se manifestar” (Bleger, *Psicologia da conduta*, p. 23). No prisma jurídico, o conceito de conduta adquire diferentes pontos de vista. Na visão *finalista*, que adotamos, conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação ou inércia do corpo humano,

voltado a uma finalidade (tomando o conceito de conduta como gênero, do qual são espécies a ação e a omissão, ver ainda Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de direito penal – Parte geral*, p. 413; Pierangeli, *Escritos jurídico-penais*, p. 441; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 238, este último dizendo que “ação e omissão de uma ação são duas subclasses independentes dentro da ‘conduta’ susceptível de ser regida pela vontade final”). Há finalistas, no entanto, que não admitem a possibilidade de se elaborar um conceito genérico de conduta, envolvendo ação e omissão, preferindo visualizar a ação separada da omissão (Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 247-248). Parece-nos, no entanto, que, embora a omissão tenha regramento particularizado e uma existência diferenciada da ação, não é inviável considerá-la, para efeito de estudo da conduta humana, como a *ação negativa*, pois tanto a ação propriamente dita (positiva) quanto a omissão (negativa) são frutos finalísticos da atuação do ser humano. Sobre a inclusão de ação e omissão no contexto da conduta – ou não –, diz Assis Toledo que “essa questão puramente terminológica parece-nos irrelevante, no caso. Não tem evidentemente o condão de solucionar problemas que, se realmente existentes, seriam de natureza insuperável por uma simples troca de expressão lingüística e, além disso, não oferece utilidade prática para o direito penal, em cujo domínio a ação e a omissão apresentam um aspecto comum, verdadeiramente relevante: ambas são, em certas circunstâncias, domináveis pela vontade e, por isso, podem ser dirigidas finalisticamente, isto é, podem ser orientadas para a consecução de determinados objetivos. Por essa razão, empregamos, indiferentemente, como sinônimos, os termos ‘ação’, ‘comportamento’ e ‘conduta’” (*Princípios básicos de direito penal*, p. 91-92). Além da

visão finalista, no entanto, há outras correntes conceituando conduta: a) *teoria causalista*: conduta é a ação ou omissão voluntária e consciente que determina movimentos corpóreos. Note-se que, para essa visão, não se inclui a finalidade na sua conceituação, pois é objeto de estudo no contexto da culpabilidade, em que se situa o elemento subjetivo do crime (dolo e culpa). Assim é a lição de Noronha: “A ação positiva é sempre constituída pelo movimento do corpo, quer por meio dos membros locomotores, quer por meio de músculos, como se dá com a palavra ou o olhar. Quanto à ação negativa ou omissão, ingressa no conceito de ação (*genus*), de que é espécie. É também um comportamento ou conduta e, conseqüentemente, manifestação externa, que, embora não se concretize na materialidade de um movimento corpóreo – antes é abstenção desse movimento –, por nós é percebida como *realidade*, como *sucedido ou realizado*” (*Direito penal*, v. 1, p. 98); b) *teoria social*: conduta é o comportamento voluntário e consciente socialmente relevante. Tem por finalidade servir de ponte entre o causalismo e o finalismo, pois, em verdade, prega que o mais importante para a consideração da conduta como penalmente relevante é o seu *significado ou relevo social*. Tendo em vista que se trata de conceito vago e abstrato o que vem a ser *socialmente importante*, sofreu inúmeras críticas, sem encontrar muitos adeptos no Brasil; c) *teoria funcional*: é a ação ou omissão voluntária e consciente capaz de evidenciar uma autêntica *manifestação da personalidade*, ou seja, explicitar a esfera anímico-espiritual do ser humano (cf. Roxin, *Derecho penal – Parte general*, t. I, p. 265). Ou ainda: é a ação voluntária e consciente capaz de evitar um resultado, desde que lhe seja juridicamente exigível que assim faça (Jakobs, citações de Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, v.

1, p. 255; Luís Greco, in: Roxin, *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*, p. 125). Embora funcionalistas, as duas teorias – a primeira, teoria personalista da ação; a segunda, teoria da evitabilidade individual, segundo Luiz Regis Prado, ob. cit., p. 253-254 –, baseiam-se em critérios normativos. Pretendem afastar as teorias causal e finalística de conduta, porque entendem que ambas se norteiam por critérios não jurídicos, logo, inadequados. Aliás, mencionam que as duas partem dos mesmos pressupostos, e a única diferença substancial é que o finalismo acrescenta ao conceito de conduta a finalidade do agente ao movimentar-se, regido pela vontade e pela consciência. Quanto à teoria social da conduta, entendem estar ela insita ao conceito proposto, que é, no entender dos funcionalistas, mais amplo. O funcionalismo se intitula corrente pós-finalista, portanto, um aperfeiçoamento do finalismo. Como ensina Jakobs, “a discussão que se está produzindo atualmente, sob o nome de imputação objetiva, acerca da relevância jurídica de atos causais, é a prolongação, ou, melhor dizendo, a precisão da controvérsia relativa ao conceito de ação. Se Welzel tivesse integrado sua teoria da adequação social na teoria da ação, teria superado meio século de evolução” (*Fundamentos de direito penal*, p. 59). Qual seria a vantagem de se adotar uma teoria funcionalista? Explica Luís Greco que há uma finalidade político-criminal, pois, “através da valoração de que se trata de uma não-ação, exclui-se, independentemente da aparência exterior e das conseqüências causais do existir humano, aquilo que já de antemão não se submete às categorias do proibido e do permitido” (ob. cit., p. 233). Para a caracterização da conduta, sob qualquer dos prismas acima expostos, é indispensável a existência do binômio vontade e consciência. Vontade é o querer ativo, apto a levar

o ser humano a praticar um ato, livremente. “Jung define vontade como a energia que está à disposição da consciência ou do ego. O desenvolvimento da vontade está associado com valores culturais apreendidos, padrões morais e correlatos. A vontade tem poder apenas sobre o pensamento e a ação conscientes, e não pode afetar diretamente processos instintivos ou outros processos inconscientes, embora tenha um poder indireto substancial entre eles”. E William James diz que vontade “é o processo que mantém uma escolha entre alternativas o tempo suficiente para permitir que a ação ocorra (...). Querer não é ato em si mesmo. O querer orienta a consciência de maneira que a ação desejada possa revelar-se por si própria” (Fradiman e Frager, *Teorias da personalidade*, p. 60 e 159-160). Portanto, *não há voluntariedade* nos seguintes atos: a) movimentos obtidos por *coação física irresistível* (ex.: A é empurrado violentamente por B, caindo em cima de C, que se lesiona. Não se pode dizer que A praticou uma “ação”, pois lhe faltou vontade); b) *movimentos reflexos*, que são as reações motoras, secretórias ou fisiológicas, produzidas pela excitação de órgãos do corpo humano (ex.: tosse, espirro etc.). No contexto dos movimentos reflexos, é preciso distinguir tais movimentos das ações semi-automáticas, pois estas são penalmente relevantes, uma vez que resultam de um processo de formação da vontade, originalmente existente, que se concentrou no subconsciente através da prática. Embora não seja dirigida pela consciência atual de quem a desenvolve, é passível de dominação. Exemplo de movimento reflexo em contraposição a uma conduta semi-automática: se o motorista de um veículo é picado por uma vespa perto do olho, durante a condução, e, em face de um instintivo movimento de defesa, move bruscamente o volante, causando um acidente, não exis-

te conduta penalmente relevante, pois o movimento é reflexo, provocado pela dor originária da picada. Trata-se de atitude involuntária. Mas se uma vespa ingressa no interior do veículo e começa a voar a cabeça do motorista, perturbando-o, e fazendo com que, num gesto brusco, visando a atingir a vespa, colocando-a para fora do carro, vire o volante, causando um acidente, temos uma ação semi-automática. Trata-se de conduta penalmente relevante, pois passível de dominação (Maurach e Zipf, *Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 247); c) movimentos resultantes da *hipnose*, que é um estado mental semelhante ao sono, provocado artificialmente por alguém, levando o hipnotizado a agir como se fosse um autômato, obedecendo ordens e comandos. É um “sonambulismo provocado”. Sobre hipnose, consultar ainda a próxima nota. Consciência, a outra parte do binômio, é a possibilidade que o ser humano possui de separar o mundo que o cerca dos próprios atos, realizando um julgamento moral das suas atitudes. Significa ter noção clara da diferença existente entre realidade e ficção. Para Flavio Fortes D’Andrea, o consciente “é uma parte relativamente pequena e inconstante da vida mental de uma pessoa. Corresponde a tudo aquilo de que o indivíduo está ciente em determinado instante e cujo conteúdo provém de duas fontes principais: o conjunto dos estímulos atuais, percebidos pelo aparelho sensorial, e as lembranças de experiências passadas, evocadas naquele instante”. Por outro lado, o inconsciente “é a área da vida psíquica, onde se encontram os impulsos primitivos que influenciam o comportamento, e dos quais não se tem consciência e um grupo de idéias, carregadas emocionalmente, que uma vez foram conscientes, mas em vista de seus aspectos intoleráveis foram expulsas da consciência para um plano mais profundo, de onde não poderão vir à tona

voluntariamente” (*Desenvolvimento da personalidade*, p. 17). Anote-se, ainda, o preceituado por Susan Cloninger, para quem o consciente refere-se “às experiências que a pessoa percebe, incluindo lembranças e ações intencionais. A consciência funciona de modo realista, de acordo com as regras do tempo e do espaço”, enquanto o inconsciente é “o depósito de lixo daquilo que a consciência joga fora. É emocionalmente perturbador e menos civilizado do que a consciência” (*Teorias da personalidade*, p. 40). *Não há consciência*: a) no *sonambulismo*, doença de quem age ou fala durante o sono, tornando seus sentidos obtusos. Trata-se de um “sono patológico”, quando o enfermo nem percebe estar dormindo, embora mantenha a sua atividade locomotora; b) na *narcolepsia*, outra doença que provoca acessos repentinos de sono, transportando o enfermo a um estado de irrealidade, permitindo-lhe, no entanto, continuar a ter movimentos e relações com o meio ambiente. Saliente-se que ação é o prisma da conduta que implica em um fazer. Como exemplo de ação voluntária, porém inconsciente, lastreada no sonambulismo, em York, na Grã-Bretanha, um rapaz de 22 anos foi absolvido da acusação de estupro contra uma jovem em razão disso. “O caso ocorreu em março. Depois de sair com uma amiga de 22 anos, James Bilton convidou a jovem para ir para sua casa, oferecendo a ela o quarto enquanto dormia na sala. Dias depois, a moça reclamou à polícia ter sido acordada quando Bilton a estuprava. Bilton, que é sonâmbulo desde os 13 anos, garantiu ao juiz que não se lembrava de nada do que aconteceu naquela noite. A Justiça convocou então um especialista em problemas do sono. O médico atestou que Bilton é sonâmbulo, motivo pelo qual pode não se recordar, ao acordar, das coisas que faz quando está dormindo. O réu foi então absolvido” (*Jor-*

nal da Tarde, Caderno A, p. 12, 21.12.2005). É evidente que, se o sujeito for informado a respeito de seu problema sonambúlico, provocador de resultados danosos a terceiros (lembremos que há sonâmbulos inofensivos), sem tomar providências para se tratar, poderá responder criminalmente pela lesão eventualmente causada, aplicando-se a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na origem), que será mais bem analisada ao tratarmos da embriaguez, no contexto das excludentes de culpabilidade. Antecipando, se o agente sabia que adormecia repentinamente e, com isso, gerava perigo com suas atitudes, uma vez que não se tratou porque não quis, deve responder pelos seus atos. No exemplo supra citado, se Bilton tinha conhecimento de algum ato anterior seu, decorrente do sonambulismo, que tivesse gerado algum dano a outra pessoa, deveria responder pelo estupro cometido. Porém, se aquela foi a primeira vez em que atuou com violência, sem disso ter consciência, a decisão absolutória era, realmente, o caminho indicado. No mais, há outras situações de perda da consciência ou mesmo da vontade que são tratadas em outro cenário, porque decorrentes de intoxicação química ou doenças mentais. O primeiro caso tem solução equivalente à embriaguez; o segundo integra o contexto da inimputabilidade, que sujeita o autor da lesão a uma medida de segurança. Trataremos de ambas no contexto da culpabilidade. O conceito de omissão, prisma negativo da conduta, é dado na nota 11. Resume Dotti que a ausência de conduta decorre “de fatores que impeçam a livre formação e o desenvolvimento normal da vontade, como se verifica nos casos de violência física ou moral, dos atos reflexos, dos estados sonambúlicos, das sugestões hipnóticas ou da submissão da pessoa à intoxicação pelo álcool ou substâncias

afins, como as que podem determinar dependência fisiopsíquica” (*O incesto*, p. 95).

9-A. Enfoque particularizado sobre hipnose: trata-se de matéria controversa aceitar que a hipnose seja causa suficiente para eliminar a vontade e a consciência de alguém. Entretanto, há vários estudos nesse sentido. Freud esclarece que a “hipnose, quando tem seu mais pleno êxito, nada mais é do que o sono comum, coisa tão conhecida de todos nós, embora, sob muitos aspectos, sem dúvida ainda não a compreendamos; e, por outro lado, quando menos completamente desenvolvida, a hipnose corresponde às diferentes fases do processo do adormecer. É verdade que, no sono, perdemos nosso equilíbrio psíquico, e a atividade de nosso cérebro durante o sono é uma atividade desordenada que, em muitos aspectos, lembra a loucura; esta analogia, contudo, também não impede que despertemos do sono com renovada força mental” (*Artigos sobre hipnotismo e sugestão. A psicoterapia da histeria*, p. 26). E continua, dizendo que “o fato principal do hipnotismo consiste na possibilidade de colocar uma pessoa num estado especial da mente (ou, mais precisamente, do cérebro), que se assemelha ao sono. Esse estado é conhecido como hipnose. Um segundo conjunto de atos consiste na maneira como esse estado é produzido (e encerrado). Isto parece ser possível de três modos: (1) pela influência psíquica que uma pessoa exerce sobre outra (sugestão); (2) pela influência (fisiológica) de determinados métodos (fixação), por ímãs, pela mão do hipnotizador etc.; e (3) pela auto-influência (auto-sugestão). No entanto, apenas o primeiro desses métodos está estabelecido: a produção por idéias – sugestão. Em nenhuma das outras formas de produzir a hipnose parece possível excluir a ação

da sugestão, de uma ou de outra forma. Um terceiro grupo de fatos diz respeito à conduta da pessoa hipnotizada. *Quando a pessoa está sob hipnose, é possível exercer, pela sugestão, os mais amplos efeitos sobre quase todas as funções do sistema nervoso e, entre elas, sobre aquelas atividades cuja dependência com relação aos processos que ocorrem no cérebro é geralmente estimada como bastante reduzida.* O fato de a influência do cérebro sobre as funções orgânicas poder tornar-se mais intensa sob hipnose do que no estado de vigília certamente se harmoniza pouco com as teorias dos fenômenos hipnóticos que procuram considerá-los como ‘depressores da atividade cortical’, uma espécie de imbecilidade experimental. (...) Outros fatos inquestionáveis são a dependência da atividade mental da pessoa hipnotizada em relação à do hipnotizador e a produção daquilo que se conhece como efeitos pós-hipnóticos na pessoa hipnotizada – isto é, a determinação de atos psíquicos que só são executados muito tempo depois de cessada a hipnose. Por outro lado, há toda uma série de afirmativas que relatam as mais interessantes atividades executadas pelo sistema nervoso (clarividência, sugestão mental etc.), mas que, atualmente, não podem ser arroladas como fato; e embora um exame científico dessas afirmações não deva ser recusado, deve-se ter em mente que um esclarecimento satisfatório das mesmas envolve as mesmas dificuldades” (ob. cit., grifos nossos, p. 29). Quanto à deturpação das finalidades da hipnose, Freud alerta que, “se colocarmos de lado o mau uso da hipnose com fins ilegítimos – possibilidade esta que existe em todos os outros métodos terapêuticos eficazes –, o problema principal que teremos de considerar é a tendência de as pessoas com neurose grave, depois de se repetir a hipnose, entrarem em hipnose espontaneamente. Cabe à capacidade do médico proibir essa hipnose espontânea,

que parece ocorrer somente em pessoas muito impressionáveis. As pessoas cuja impressionabilidade vai ao ponto de poderem ser hipnotizadas contra sua vontade também podem ser protegidas, de modo bastante completo, pela sugestão de que apenas seu médico será capaz de hipnotizá-las” (ob. cit., p. 46). Por derradeiro, vale mencionar uma experiência concreta de hipnose que deu certo: “Tratava-se de uma mãe que era incapaz de amamentar seu bebê recém-nascido, até haver a intervenção da sugestão hipnótica. Suas experiências com um filho anterior e com outro, subsequente, serviram de controle do êxito terapêutico, tal como raramente se consegue lograr. (...) Ao chegar a época do nascimento do primeiro filho de seu casamento (que era um casamento feliz), a paciente pretendia amamentar o bebê. O parto não foi mais difícil do que o habitual numa primípara já não tão jovem; foi concluído por fórceps. Entretanto, embora sua constituição física parecesse favorável, ela não conseguia amamentar satisfatoriamente a criança. Havia pouca produção de leite, surgiam dores quando o bebê era posto a mamar, a mãe perdeu o apetite e se mostrava alarmantemente sem vontade de se alimentar, tendo noites agitadas e insones. Por fim, após uns quinze dias, a fim de evitar algum risco maior para a mãe e a criança diante do fracasso, abandonou-se a tentativa e a criança passou a ser alimentada por uma ama-de-leite. Com isso, todos os problemas da mãe desapareceram. (...) Três anos mais tarde nasceu o segundo bebê; nessa ocasião, circunstâncias externas somaram-se ao fato de ser desejável evitar a ama-de-leite. Mas os esforços da própria mãe para amamentar a criança pareciam ainda menos bem-sucedidos e pareciam provocar sintomas ainda mais desagradáveis do que da primeira vez. (...) Logo tratei de induzir a hipnose por meio de fixação do olhar, ao mesmo tempo que fazia cons-

tações sugestões referentes aos sintomas do sono. Três minutos depois, a paciente estava deitada, com a fisionomia tranqüila de alguém que dorme profundamente. (...) Utilizei a sugestão para contestar todos os temores dela e os sentimentos em que esses temores se baseavam: ‘Não tenha receio! Você vai poder cuidar muito bem do seu bebê, ele vai crescer forte. O seu estômago está perfeitamente calmo, o seu apetite está excelente, você já está na expectativa da próxima refeição etc.’. A paciente continuou dormindo, o que permiti por alguns minutos, e, depois que a despertei, ela revelou amnésia para o que ocorrera”. Não houve o resultado aguardado, partindo Freud para a segunda tentativa: “Produzi então a segunda hipnose, que a levou ao estado de sonambulismo, tão rapidamente como da primeira vez, e agi com maior energia e confiança. (...) Na terceira tarde, quando retornei, a paciente recusou-se a prosseguir qualquer tratamento. Já não havia mais nenhum problema, disse ela: tinha excelente apetite e muito leite para o bebê, não havia a menor dificuldade quando este era posto a mamar etc. (...) A mãe amamentou a criança por oito meses; e com satisfação tive repetidas oportunidades de me inteirar de que ambos passavam bem” (ob. cit., p. 47-50).

10. Ações em curto-circuito e gestos habituais ou mecânicos: as primeiras são as reações primitivas do ser humano, nas quais existe um estímulo externo, não registrando totalmente a presença de uma personalidade desenvolvida, surgindo, à superfície, de improviso, ações momentâneas e impulsivas ou mecanismos anímicos profundos, bem como reações explosivas. Exemplos: reações explosivas que se seguem ao encarceramento, estados de embriaguez patológica, estados crepusculares afetivos etc. (tradução livre de Kretschmer,

Medizinische Psychologie, in Edmundo Mezger, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 216). As denominadas ações em curto-circuito permitem a liberação do inconsciente, que “contém a força propulsora por trás de todos os comportamentos e é o depósito de forças que não conseguimos ver ou controlar”. É a “moradia dos instintos, aqueles desejos que regem o nosso comportamento” (Schultz & Schultz, *Teorias de personalidade*, p. 49). Ou ainda, nas palavras de Roque de Brito Alves: “As reações de curto-circuito são muito violentas, pois respondem a um forte estímulo externo inesperado – uma ofensa à honra, a visão ou descoberta de infidelidade conjugal, uma resistência imprevista a um assalto ou a uma relação sexual etc. – e existindo simultaneamente uma situação afetiva intensa do agente. Combinam-se ou relacionam-se intimamente, assim, um fator ou estímulo externo muito forte e um excepcional estado afetivo que produzem a reação extrema, inesperada, violenta do agente. Constituem típicos exemplos (tais reações) ou sintomas de ruptura do equilíbrio psíquico da personalidade” (*Cíume e crime*, p. 33). Discute-se, na doutrina, se tais reações podem ser consideradas condutas, para fins penais, ao que se responde, majoritariamente, de modo afirmativo, pois existe um *querer prévio* que participa da genética do movimento corporal. Esse querer prévio pode ser controlado pela atenção do agente. Trata-se de uma espécie de *actio libera in causa* (ver a nota 18 ao art. 28). Quanto aos gestos habituais ou mecânicos, são os movimentos repetidos do ser humano, alheios à sua vontade, pois automaticamente realizados. Nessa hipótese, igualmente, existe um *querer prévio*, sendo possível ao agente controlar, pela atenção, a instalação do gesto habitual. Constituem condutas, entretanto, no âmbito penal.

11. Conceito de omissão: sob o prisma finalista, omissão é a conduta negativa, voluntária e consciente, implicando em um não fazer, voltado a uma finalidade. O que se disse acerca dos elementos da ação tem a mesma aplicação no contexto da omissão.

12. Teorias que cuidam do nexo de causalidade: há, fundamentalmente, duas posições doutrinárias predominantes no Brasil acerca do nexo causal: a) *teoria da equivalência das condições* (teoria da equivalência dos antecedentes ou teoria da condição simples ou generalizadora): qualquer das condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, pois a sua inocorrência impediria a produção do evento. É a teoria adotada pelo Código Penal (*conditio sine qua non*), que sustenta que a “causa da causa também é causa do que foi causado” (*causa causae est causa causati*). Utilizando o exemplo anterior, o fornecimento da arma do crime, mesmo em atividade lícita de comércio, é causa do resultado (morte), porque sem a arma não teria havido os tiros fatais; b) *teoria da causalidade adequada* (teoria das condições qualificadas): um determinado evento somente será produto da ação humana quando esta tiver sido apta e idônea a gerar o resultado. No exemplo supra, o fornecimento da arma, desde que em atividade lícita de comércio, jamais seria considerado *causa do crime*, pois não se trata de ação idônea à produção desse tipo de resultado, vale dizer, armas não são vendidas em lojas para causar crimes de homicídio. O corte do nexo causal em ambas as teorias é feito de maneira diversa, ou seja, não haverá punição ao vendedor que, sem tomar parte ativa e consciente na atividade criminosa, entregou a arma ao comprador. Ambas sofrem críticas. Na

primeira, adotada pelo Código, a venda é considerada causa do delito, mas o vendedor não é punido, uma vez que não agiu com dolo ou culpa. Realizou a venda sem ter noção da finalidade do uso da arma. Sofre a crítica de ser uma teoria *cega* – geradora de uma regressão ao infinito –, colocando nonexo causal condutas que, dentro da lógica, são despropositadas, como a venda lícita de uma arma (poder-se-ia considerar causa do crime de homicídio até mesmo o momento de fabricação da arma e assim por diante). Na segunda teoria, como já exposto, a ação do vendedor não é razoável, nem idônea, para produzir o resultado *morte*, até mesmo porque foi lícito o negócio. Sofre, no entanto, a crítica de vincular, em demasia, causalidade e culpabilidade, colocando o juiz numa posição especial de análise do nexo causal (o que foi e o que não foi idôneo). Sobre o tema, analisando as críticas e defendendo a teoria da causalidade adequada, ver Paulo José da Costa Júnior, *Nexo causal*, p. 90-91. Há, ainda, uma terceira teoria, hoje dominante na Alemanha e bastante difundida na Espanha, que é a da *imputação objetiva*, pretendendo sanar os problemas existentes com as duas anteriores. Ela tem por finalidade imputar ao agente a prática de um resultado delituoso apenas quando o seu comportamento tiver criado, realmente, um risco não tolerado, nem permitido, ao bem jurídico. Por isso, a venda da arma, independentemente de qualquer outra análise, não pode ser considerada *causa* do resultado, uma vez que o vendedor não agiu de modo a produzir um risco não permitido e intolerável ao bem jurídico, já que a venda da arma foi feita de modo lícito e o comerciante não tem a obrigação de checar o uso das mercadorias vendidas por quem quer que seja. Mais detalhes sobre a imputação objetiva, ver a próxima nota.

13. Imputação objetiva: trata-se de uma teoria originária dos trabalhos de Larenz (1927) e, posteriormente, Honig (1930), que permaneceu adormecida por vários anos, na Alemanha, até obter seu grande impulso, a partir da década de 70, pelas mãos de Claus Roxin – um dos seus principais teóricos da atualidade –, tendo por função, como expõe Chaves Camargo, “a limitação da responsabilidade penal” (*Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 70). Assim, segundo o autor, “a atribuição de um resultado a uma pessoa não é determinado pela relação de causalidade, mas é necessário um outro nexos, de modo que esteja presente a realização de um risco proibido pela norma”. A adoção da teoria da imputação objetiva, segundo seus defensores, transcende o contexto do nexos causal, impondo-se como uma alternativa ao finalismo, fazendo parte do contexto daqueles que aderiram ao funcionalismo – corrente intitulada de pós-finalista –, cujas premissas básicas seriam “a necessidade de legitimação do Direito Penal, com novos conceitos de suas categorias, com o fim de justificar a intervenção do Estado na sociedade moderna”, bem como a busca de “transformações radicais nos institutos jurídico-penais, quer quanto ao conteúdo dogmático, quer quanto às classes e tipos de sanções a serem aplicadas”, em face das constantes mudanças sociais (Chaves Camargo, *ob. cit.*, p. 42). Possui a imputação objetiva, embora em linha diversa da de Roxin, outro ardoroso defensor nos dias de hoje, que é Günther Jakobs. É inequívoco, no entanto, que seu maior campo de atuação é na análise do nexos causal, gerador da tipicidade, como se pode notar pelas críticas tecidas às teorias da equivalência dos antecedentes (ou das condições) e da causalidade adequada, bem como pelos exemplos dados e debatidos pelos adeptos dessa linha de pensamento. Nesse sen-

tido está a lição de Wolfgang Frisch, mencionando que o lugar comum da imputação objetiva está intrinsecamente ligado a um concreto problema de um determinado grupo de casos, a saber, trata-se da questão relativa ao nexó necessário entre a atuação do autor e a produção do resultado nos delitos de resultado (*La imputación objetiva: estado de la cuestión*, p. 31). A imputação objetiva, em síntese, exige, para que alguém seja penalmente responsabilizado por conduta que desenvolveu, a criação ou incremento de um perigo juridicamente intolerável e não permitido ao bem jurídico protegido, bem como a concretização desse perigo em resultado típico. Exemplificando: o sujeito que, dirigindo em alta velocidade, em zona habitada, perde o controle do carro, sobe na calçada e atropela um pedestre, caminhando calmamente em local permitido, deve responder por homicídio. Gerou um perigo intolerável e não permitido ao correr pela rua, em área da cidade habitada, sem que a vítima tivesse atuado de qualquer forma para isso, nem tampouco tenha ocorrido qualquer outro fator interferindo na situação de perigo gerada. Nota-se, pois, que a imputação objetiva se vale da teoria da equivalência dos antecedentes – *conditio sine qua non* –, que é naturalística, para estabelecer o vínculo entre conduta e resultado, sobre o qual aplicará seus conceitos. O veículo chocou-se contra a vítima, provocando-lhe ferimentos, que foram causa determinante de sua morte. Até esse ponto, utiliza-se o liame causal previsto no art. 13 do Código Penal – “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” –, mas, a partir daí e antes de ingressar no contexto do elemento subjetivo – se houve dolo ou culpa, sob o prisma finalista; ou se houve ilicitude e culpabilidade, sob a ótica causalista –, a imputação objetiva analisa se a conduta do agente gerou

para a vítima um risco de lesão intolerável e não permitido, sem ter havido qualquer curso causal hipotético a determinar o resultado de qualquer forma, nem ter o ofendido contribuído, com sua atitude irresponsável ou dando seu consentimento, para a geração do resultado. Feito isso, imputa a morte ao motorista. Somente em seguida verificará o elemento subjetivo. Portanto, interpõe-se, na verificação da tipicidade, entre o nexó causal naturalístico e o elemento subjetivo. São *exemplos* trazidos pelos defensores da imputação objetiva, que excluiriam a relação de causalidade: 1.º) o funcionário de uma loja de armas, ao efetuar uma venda, não gera um risco juridicamente intolerável ou não permitido, mesmo porque o estabelecimento comercial é legalizado e a entrega de armas de fogo a particulares é regulamentada por lei. Assim, se alguém se valer da arma adquirida para matar outra pessoa, independentemente do que se passou no íntimo do vendedor – se sabia ou não que a arma seria para isso usada –, não responde este funcionário por homicídio. Afinal, sua atitude – vender a arma – era juridicamente tolerada e admissível. Não se pode considerá-la *causa* do evento; 2.º) se o inimigo do condenado, acompanhando os momentos precedentes à sua execução pelo carrasco, saca um revólver e dispara contra o sentenciado, matando-o, não deve ter sua conduta considerada causa do resultado, pois este se daria de qualquer modo. Teria havido um curso causal hipotético impeditivo (Damásio, *Imputação objetiva*, p. 31); 3.º) se o vendedor de bebidas fornece refrigerante a alguém, podendo prever que o líquido será utilizado para matar, por envenenamento, a família do comprador, não deve responder, pois existe, como corolário da imputação objetiva, a proibição de regresso. A conduta imprudente de alguém, interferindo no curso causal doloso de outra

pessoa, deve ser considerada irrelevante para efeito de determinar o nexo de causalidade (Chaves Camargo, *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, p. 151). Idêntico exemplo é citado por Jakobs, apenas servindo-se de um padeiro, que vende uma bengala de pão, a ser utilizada para envenenamento de alguém (*La imputación objetiva en derecho penal*, p. 107); 4.º) se alguém resolve acompanhar o motorista prestes a disputar um *racha*, sabendo dos riscos que a atividade envolve, coloca-se em posição de perigo voluntariamente. Caso haja um acidente, morrendo o acompanhante do motorista, não deve este responder por homicídio, uma vez que a vítima assumiu o risco por sua própria conta (Chaves Camargo, ob. cit., p. 160); 5.º) se um estudante de biologia ganha um dinheiro extra, trabalhando como garçom, e, quando é encarregado de servir uma salada exótica, descobre nela uma fruta que sabe, por seus estudos, ser venenosa, ainda assim, serve o prato e o cliente morre. Não deve sua conduta ser considerada causa do resultado, pois seus conhecimentos especiais de biologia não diziam respeito à atividade exercida, como garçom, de modo que seu comportamento não excedeu aos níveis do risco permitido. No máximo, responderia por omissão de socorro (Jakobs, ob. cit., p. 137); 6.º) se um empresário, dono de uma fábrica, permite a entrega de pincéis com pêlo de cabra chinesa a seus funcionários, sem a devida desinfecção, como mandam os regulamentos, e pessoas morrem, não se poderia considerar sua conduta penalmente relevante, desde que, posteriormente, constata-se que o desinfetante indicado para utilização nos pincéis era mesmo inócuo contra o bacilo. Para a imputação objetiva, sob o prisma de que o resultado se daria de qualquer modo, inexistiria responsabilidade para o empresário, no contexto da culpa. E, tivesse ele agido com dolo,

deveria ser punido somente por tentativa de homicídio. É o que sustentam Roxin (*La imputación objetiva en el derecho penal*, p. 113) e Chaves Camargo (ob. cit., p. 79). Para Damásio, no entanto, haveria punição, pois “já havia risco diante da periculosidade do material, aumentada sua intensidade pela conduta omissiva do industrial” (ob. cit., p. 79); 7.º) se o sobrinho envia o tio ao bosque, em dia de tempestade, na esperança de que um raio o atinja, matando-o e dando margem a que lhe possa herdar os bens, sua conduta não seria considerada causa do resultado, conforme a imputação objetiva, pois o que realizou (induzir alguém a ir ao bosque) é lícito e tolerável, inexistindo norma proibitiva nesse sentido. O que houve na floresta, com a queda do raio, não lhe pode ser *objetivamente* imputado. Comentemos os exemplos, não sob a ótica da imputação objetiva, mas sob o prisma da teoria adotada pelo Código Penal, que é a da equivalência dos antecedentes: quanto ao *primeiro*, o funcionário da loja de arma, que efetuou a venda, terá sua atitude considerada como causa do evento, pois, sem ela, o resultado não teria ocorrido. Mas é preciso considerar que sua conduta não foi dolosa ou culposa, pois realizou seu mister, tal como mandam os regulamentos e leis vigentes para a venda e entrega de armas a terceiros. Ainda que pudesse, no íntimo, imaginar que a arma seria usada para matar outras pessoas, desejos não são objeto de punição pelo direito penal, mas somente a vontade, fruto do querer ativo, capaz de gerar o resultado. Por outro lado, se não alertou as autoridades a respeito de eventual tendência homicida do cliente, deve-se ressaltar que sua omissão é irrelevante penalmente, pois ele não é o garante da segurança pública, não incidindo em qualquer das hipóteses do art. 13, § 2.º, do Código Penal. Quanto ao *segundo*, o inimigo da vítima condenada, que se antecipa

ao carrasco, está, sem dúvida, gerando o resultado. Sua conduta é causa da morte do sentenciado e deve ele responder penalmente pelo que fez. Note-se que o resultado ocorreu, *da forma como se deu*, graças à sua atitude, que, desautorizado pelo Estado, executou o condenado. Poderia ter havido, em tese – já que, em exemplos, tudo é permitido –, uma contra-ordem, à última hora, concedendo graça ao sentenciado, de modo que o carrasco não o teria executado. Houve nexo causal e dolo, caracterizando-se o homicídio. Por outro lado, invocar que o resultado poderia ocorrer de qualquer modo seria uma autorização em branco para que pessoas agissem em lugar do Estado, abstando-se de seguir as leis, e chamando a si a capacidade de interferência no curso causal dos acontecimentos. Saliente-se que, quanto a esse exemplo, nem os adeptos da teoria da imputação objetiva chegam à mesma solução. Para Damásio, não deve ser considerada causa a conduta do sujeito que se antecipou ao carrasco, mas para Roxin, em citação de Chaves Carmargo, deve responder, pois “o contrário levaria à situação insustentável de desconrole em relação à competência para agir” (ob. cit., p. 78). Quanto ao *terceiro*, resolve-se do mesmo modo que o primeiro. O vendedor de bebidas não é garante da vida alheia, logo, sua omissão em comunicar a autoridade da eventual intenção homicida não lhe pode ser debitada. De outra parte, o simples fornecimento, sem qualquer aderência à conduta criminosa de envenenamento, afasta a incidência de dolo ou culpa, ainda que se possa, pela teoria da equivalência dos antecedentes, considerar causa do evento. Ser *causa* não significa haver punição. Quanto ao *quarto*, deve ser considerada causa da morte da vítima a conduta do motorista que, sabendo dos riscos envolvidos na prática de *racha*, carrega consigo, ainda que com o consentimento

da pessoa, um acompanhante. Atualmente, têm os tribunais considerado que age com dolo eventual o participante de competição automobilística não autorizada, diante dos imensos riscos existentes, estando a evidenciar seu desprezo pela vida humana, configurador da assunção da produção do resultado. E, nesse contexto, o consentimento é irrelevante. Aliás, admitir que a conduta do motorista é penalmente irrelevante seria sustentar a possibilidade de alguém dispor da própria vida, o que não se tolera. E mesmo que assim fosse, somente para argumentar, não se trata de um problema de nexo causal, pois este estaria configurado, além do elemento subjetivo estar presente. Logo, haveria tipicidade. Se o consentimento da vítima fosse admissível nesse contexto, afastaria a ilicitude. Quanto ao *quinto*, o fato de o garçom ter servido a refeição, contendo a fruta envenenada, permite a conclusão de existir uma ação configuradora do resultado. Resta analisar o dolo ou a culpa nessa atuação. Logo, deve ser punido por homicídio doloso ou culposo, conforme o caso. Não vemos como eximi-lo de responsabilidade, pois terminou dando causa ao envenenamento da vítima. Inexiste sentido em afirmar que ele não atuava como *biólogo*, mas como garçom, pois o fato real é que *sabia* estar servindo veneno à vítima, levando-a à morte. No tocante ao *sexto*, o empresário deu causa à intoxicação havida, permitindo a entrega dos pincéis sem a devida desinfecção. Se o fez com dolo, deve responder por homicídio doloso, ainda que se constate que o desinfetante, eleito para ser utilizado antes do uso pelos funcionários, era inócuo. Se o resultado se daria de qualquer modo – como é afirmado no exemplo dado pela teoria da imputação objetiva –, tal situação não serve para afastar a provocação do resultado pelo empresário e, o que é mais grave, agindo com dolo. Aliás, se assim o

fez, desejando ou assumindo o risco da morte de seus empregados, certamente não estaria preocupado em utilizar o tal desinfetante, nem tampouco se ele seria eficaz. No campo da culpa, se o empresário deixou de usar o referido desinfetante por mera negligência, é natural que sua conduta causou o resultado e o dever de cuidado objetivo foi violado, havendo previsibilidade quanto ao resultado fatal, pois os pêlos de cabra eram tóxicos. O fato de o desinfetante ser inócuo – constatação feita *posteriormente* – não serve para afastar o nexo causal e o elemento subjetivo, afinal, o dono da fábrica aumentou, sem dúvida, o risco de dano aos empregados. Note-se, ademais, que a utilização do desinfetante, como determinava o regulamento, poderia ter demonstrado, a tempo, que ele era inútil, salvando vidas e impedindo maiores danos. Quanto ao *sétimo*, é preciso considerar que a simples conduta de enviar alguém a um bosque, desejando que morra, vitimada por um raio, não passa de um querer passivo, inapto à configuração do dolo. O sobrinho não tinha domínio do fato, pois não controla a natureza, nem os raios que partem do céu durante uma tempestade. Ainda que, pela teoria da equivalência dos antecedentes, possa ser considerada sua atitude causa ou condição do evento, inexistiu elemento subjetivo que o ligasse ao resultado. Nem de culpa se pode tratar, pois não infringiu o dever de cuidado objetivo. Utilizando a teoria da causalidade adequada, neste caso, pode-se dizer que a conduta do sobrinho não era idônea a gerar o resultado, pois não tinha controle algum sobre a ação da natureza, geradora do raio. Aliás, sobre esse exemplo do sobrinho, diz Frisch o seguinte: “Os casos como o da herança do tio rico são certamente exemplos de cátedra muito bonitos, mas, de um ponto de vista prático, não têm nenhuma significação: quem tentaria matar seu inimigo – prescin-

dindo de todas as dificuldades forenses da prova do subjetivo – de forma tão estranha e pouco frutífera?” (*Sobre el estado de la teoria del delito*, p. 39). Do exposto, cremos que a teoria da imputação objetiva pode ser uma alternativa à teoria da equivalência dos antecedentes – embora se valha desta para ser aplicada – ou à teoria da causalidade adequada, embora seja desnecessária e, em muitos casos, inadequada. Convém mencionar a crítica formulada por Paulo Queiroz, citando Enrique Gimbernat Ordeig, segundo o qual, “relativamente aos crimes culposos, se o agente se mantém dentro do risco permitido, não há imputação objetiva simplesmente porque não existe, em tal caso, culpa, já que o autor, atuando dentro do risco socialmente tolerado, não infringe, assim, o dever objetivo de cuidado, de sorte que não é necessário, para tanto, apelar à imputação objetiva”. No tocante aos delitos dolosos, em muitos casos, o que a imputação objetiva oferece é um método de afastamento da punição daqueles que, realmente, já não seriam punidos por qualquer outra teoria, porque os exemplos oferecidos dizem respeito a cogitações maldosas, sem que o agente possa influenciar no resultado, efetivamente. E diz: “O legislador não pode proibir meros pensamentos nem intenções se estes não se exteriorizam num comportamento com mínima aparência delitiva (...), porque, se tal resultasse proibido (tipificado), então não se estaria castigando fatos – que são absolutamente corretos –, senão unicamente pensamentos que não se traduziram numa manifestação exterior que ofereça aparência alguma de desvalor”. Finaliza Paulo Queiroz, ainda mencionando Gimbernat, que a “teoria da imputação objetiva é uma teoria que não se sabe exatamente o que é, nem qual é o seu funcionamento”. Ademais, a enorme divergência entre os autores que a sustentam – o que se viu pelos exemplos

mencionados, alguns sugerindo a punição e outros, evitando-a – termina por levar à conclusão de que, realmente, ainda é uma teoria em estudos e em desenvolvimento, como reconhecem seus próprios defensores (André Luís Callegari, *A imputação objetiva no direito penal*, p. 435 e 452). Por ora, parece-nos mais eficiente e menos sujeita a erros a teoria da equivalência dos antecedentes, adotada, expressamente, pelo direito penal brasileiro, mantendo-se, para sua aplicação, a ótica finalista. Aliás, convém citar a precisa crítica feita por Luiz Regis Prado, a respeito da teoria da imputação objetiva, que se autoproclama pós-finalista, pretendendo promover um juízo de tipicidade desvinculado do elemento subjetivo, algo que, sem dúvida, descaracterizaria o finalismo: “A imputação objetiva do resultado enseja um risco à *segurança jurídica* e, além disso, conduz lentamente à *desintegração* da categoria dogmática da tipicidade (de cunho altamente *garantista*), não delimita os fatos culposos penalmente relevantes e provoca um perigoso aumento dos tipos de injusto dolosos. Acaba, dessa forma, por atribuir ao agente perigos juridicamente desaprovados – e ainda que totalmente imprevisíveis do ponto de vista subjetivo – através de um tipo objetivo absolutamente desvinculado do tipo subjetivo. Esse procedimento pode representar um perigo inequívoco, na medida em que, se utilizado o tipo objetivo para atribuir a alguém algo que não está abarcado por sua vontade (p. ex., um perigo juridicamente desaprovado constante só da esfera de conhecimento de outra pessoa – a comunidade social, uma pessoa inteligente, um espectador objetivo etc.), imputa-se a essa pessoa algo que não é obra *sua*. Longe de obter a uniformização dos critérios de imputação e a necessária coerência lógico-sistemática, a teoria da imputação objetiva do resultado introduz uma verdadeira *con-*

fusão metodológica, de índole *arbitrária*, no sistema jurídico-penal, como construção científica dotada de grande coerência lógica, adstrita aos valores constitucionais democráticos, e que deve ter sempre no inarredável respeito à liberdade e à dignidade da pessoa humana sua pedra angular” (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 1, p. 282). E ainda a lição de Cezar Roberto Bitencourt: “Sintetizando, seus reflexos devem ser muito mais modestos do que o *furor de perplexidade* que está causando no continente latino-americano. Porque a única *certeza*, até agora, apresentada pela teoria da imputação objetiva é a *incerteza* dos seus enunciados, a imprecisão dos seus conceitos e a insegurança dos resultados a que pode levar! Aliás, o próprio Claus Roxin, maior expoente da teoria em exame, afirma que ‘o conceito de risco permitido é utilizado em múltiplos contextos, mas sobre o seu significado e posição sistemática reina a mais absoluta falta de clareza’. (...) Propõe-se, na verdade, a discutir *critérios objetivos limitadores dessa causalidade*, sendo desnecessário, conseqüentemente, projetar-se critérios positivos, mostrando-se suficientes somente critérios negativos de atribuição. (...) A *relação de causalidade* não é suficiente nos *crimes de ação*, nem sempre é necessária nos *crimes de omissão* e é absolutamente irrelevante nos *crimes de mera atividade*; portanto, a teoria da imputação objetiva tem um espaço e importância reduzidos” (*Erro de tipo e erro de proibição*, p. 20-21).

14. Causas independentes e relativamente independentes: as causas independentes (aquelas que surgem e, por si mesmas, são aptas a produzir o resultado) cortam, naturalmente, o nexos causal. Ex.: um raio que atinja a vítima, matando-a, pouco antes de ela ser alvejada a tiros pelo agente, é suficiente para cortar o nexos de

causalidade (é a chamada “causalidade antecipadora”). Por outro lado, existem causas *relativamente* independentes, que surgem de alguma forma ligadas às causas geradas pelo agente (por isso, são *relativamente* independentes), mas possuindo força suficiente para gerar o resultado por si mesmas. Exemplo tradicional da doutrina: se, por conta de um tiro, a vítima vai ao hospital e, lá estando internada, termina morrendo queimada num incêndio que toma conta do nosocômio, é preciso considerar que o fogo foi uma causa relativamente independente, a produzir o resultado *morte*. É causa do evento porque não fosse o tiro dado e o ofendido não estaria no hospital, embora o incêndio seja algo imprevisível. Daí por que o legislador resolveu criar uma válvula de escape ao agente, a fim de não responder por algo imponderável.

15. Efeito da causa relativamente independente: ela tem força para cortar o nexos causal, fazendo com que o agente responda somente pelo que já praticou. No exemplo supramencionado do fogo no hospital, trata-se de evento imprevisível pelo agente, de modo que, mesmo tendo produzido o motivo que levou a vítima ao nosocômio (dando-lhe um tiro), não deve responder pelo resultado mais grave, fora do seu alcance e da sua previsibilidade. O incêndio não se encontra, nas palavras de De Marsico, na “linha evolutiva do perigo”, razão por que serve para cortar o nexos. O agente do tiro responderá somente pelo já praticado antes do desastre ocorrido: tentativa de homicídio ou lesão corporal consumada, conforme a sua intenção.

16. Conceito de concausa e sua extensão no nexos causal: concausa é a confluência de uma causa exterior à vontade do agente na produção de um mesmo resultado, estando lado a lado com a ação principal. Nas palavras de Enrique Esbec

Rodríguez, concausa é fator estranho ao comportamento do agente, que se insere no processo dinâmico, de modo que o resultado é diferente do que seria esperado em face do referido comportamento (*Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*, p. 164). Exemplificando: o incêndio produzido no hospital (referência da nota 14 supra) não deixa de ser uma concausa, pois, juntamente com a ação do atirador, que levou a vítima à internação, causaram os ferimentos geradores da morte. A lei penal cuidou somente da ocorrência da concausa superveniente relativamente independente. Nada falou sobre as concausas preexistentes (também denominadas de “estado anterior”) e concomitantes à ação do agente, levando a crer que há punição, sem qualquer corte do nexos causal. Assim, se a vítima é hemofílica (outro exemplo tradicional de concausa preexistente) e sofre um tiro, que produz hemorragia incontrolável, causando-lhe a morte, o agente do disparo responde por homicídio consumado. No mesmo prisma: Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 10. Em sentido contrário, torna-se importante mencionar a posição de Paulo José da Costa Júnior: “Embora o § 1.º se refira somente às causas supervenientes, entendemos que também as causas antecedentes ou intercorrentes que tenham sido por si sós suficientes (em sentido relativo) para produzir o evento prestam-se à exclusão do vínculo causal penalmente relevante. Trata-se de uma analogia *in bonam partem*, admissível em direito penal” (*Comentários aos crimes do novo Código Nacional de Trânsito*, p. 12).

17. Crimes omissivos próprios e omissivos impróprios (comissivos por omissão): são delitos omissivos próprios aqueles cuja conduta envolve um *não fazer* típico, que pode – ou não – dar causa a um

resultado naturalístico. Na lição de João Bernardino Gonzaga, “o sujeito se abstém de praticar um movimento tendente a obter determinado efeito útil ou deixa de impedir a atuação de forças modificadoras da realidade, possibilitando o surgimento do mal” (*Crimes comissivos por omissão*, p. 250). Exemplo: deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada configura o delito de omissão de socorro – art. 135, CP –, porque o *não fazer* é previsto no tipo penal, como modelo de comportamento proibido. São crimes omissivos impróprios os que envolvem um *não fazer*, que implica na falta do dever legal de agir, contribuindo, pois, para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado. Exemplo: um policial acompanha a prática de um roubo, deixando de interferir na atividade criminosa, propositadamente, porque a vítima é seu inimigo. Responderá por roubo, na modalidade comissiva por omissão.

18. Natureza jurídica da omissão própria: há duas posições: a) *existência normativa*: a omissão não tem existência no plano naturalístico, ou seja, existe apenas no mundo do dever-ser, sendo uma abstração. Afirmam alguns que “do nada, nada surge”, por isso a existência da omissão é normativa. Somente se pune o agente que nada fez, porque a lei assim determina; b) *existência física*: a omissão é um trecho do mundo real, embora não tenha a mesma existência física da ação. Trata-se de um fenômeno perceptível aos sentidos humanos. Contrapondo-se à afirmação que “do nada, nada surge”, explica Baumann: “A

meu juízo, o sofisma da não existência da causalidade da conduta omissiva se baseia sobretudo na circunstância de que a omissão falta evidência. Na ação positiva pode-se sempre observar algo e na omissão não se vê, quase sempre, nada. Se a omissão tornar-se evidente, perde rapidamente terreno a tese segundo a qual *ex nihilo nihil fit*”. E continua dizendo que, se alguém deixa descer ladeira abaixo um carrinho de bebê até um obstáculo formado por A, caso este, cansado de ser o obstáculo, quando o carrinho se aproxima, deixa-o passar, caindo no precipício, não há dúvida quanto à causalidade da conduta de A e a morte do bebê. O mesmo aconteceria se A tivesse freado o carrinho com o corpo e depois tivesse saído do lugar (*Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema*, p. 142). Na realidade, cremos que o Código Penal adotou uma teoria eclética quanto à omissão, dando relevo à existência física, no *caput* do art. 13, tal como diz a Exposição de Motivos: “Pôs-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano”, embora concedendo especial enfoque à existência normativa no § 2.º do mesmo artigo. Há, na omissão, no ensinamento de Miguel Reale Júnior, um dado naturalístico, sujeito a um enfoque normativo (*Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação*, p. 43).

19. Significado da expressão “penalmente relevante”: a omissão que não é típica, vale dizer, quando o *não fazer* deixa de constar expressamente num tipo penal (como no caso da omissão de socorro – art. 135, CP), somente se torna *relevante* para o direito penal caso o agente tenha o *dever de agir*. Do contrário, não se lhe pode exigir qualquer conduta. Ex.: qualquer do povo que acompanhe a ocorrência de um furto *pode* agir para impedir o resultado, mas não é *obrigado*. Daí por que, mesmo que aja dolosamente, não pode ser punido, pois não

tinha o dever jurídico de impedir o resultado. A situação é diferente se a pessoa que acompanha o furto sem propositadamente agir é o vigilante contratado para zelar pela coisa subtraída: responderá por furto.

20. Alcance da expressão “podia agir”: significa que o agente, fisicamente impossibilitado de atuar, não responde pelo delito, ainda que tivesse o dever de agir. Assim, se o vigilante presencia um furto, mas não tem tempo de impedir o resultado porque sofre um desmaio, não será responsabilizado pelo evento.

21. Dever de agir imposto por lei: a legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outras, tal como o faz com os pais em relação aos filhos, com os tutores em relação aos tutelados, com os curadores em relação aos curatelados e até mesmo com o administrador de um presídio em relação aos presos. Assim, se um detento está gravemente enfermo e o administrador da cadeia, dolosa ou culposamente, deixa de lhe conferir tratamento adequado, pode responder por homicídio. Convém mencionar a explicação de Luiz Luisi: “Neste dispositivo o nosso legislador se referiu não apenas à lei, mas especificou os deveres de cuidado, proteção e de vigilância, e adotando essa redação não se limitou à chamada teoria formal, mas acolheu a teoria das fontes. Trata-se de deveres que são impostos pela ordem jurídica *lato sensu*. Não são apenas obrigações decorrentes de lei em sentido estrito, mas de qualquer disposição que tenha eficácia de forma a poder constituir um vínculo jurídico. É o caso dos decretos,

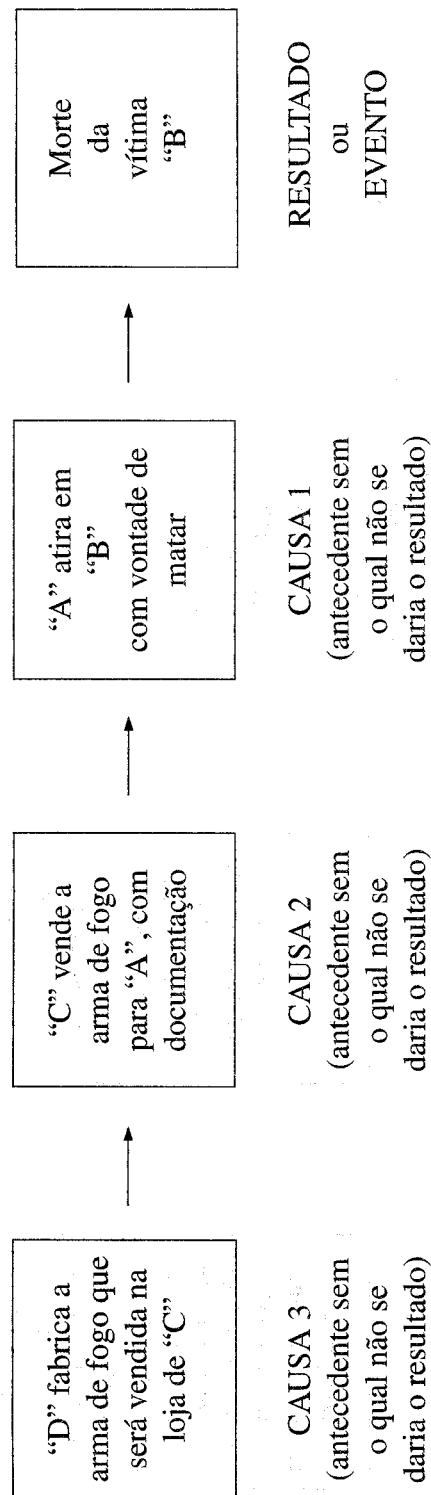
dos regulamentos, das portarias, e mesmo das sentenças judiciais e provimentos judiciais em geral, e até de ordem legítima de autoridade hierarquicamente superior. Podem tais deveres, outrossim, derivar de norma penal, como de norma extrapenal, tanto de direito público como de direito privado” (*Os princípios constitucionais penais*, p. 108).

22. Dever de agir de quem assumiu a responsabilidade de evitar o resultado: é o dever decorrente de negócios jurídicos ou de relações concretas da vida. No primeiro caso, o vigia contratado para tomar conta das casas de um determinado condomínio não pode ficar inerte ao acompanhar a ocorrência de um furto. Se agir dolosamente, responderá pelo crime contra o patrimônio tal como os agentes da subtração. No segundo, se alguém assume a posição de *garante* (ou garantidor) da segurança alheia, fica obrigado a interferir caso essa segurança fique comprometida. No tradicional exemplo da doutrina do exímio nadador que convida o amigo para uma travessia, prometendo-lhe ajuda, em caso de emergência, fica obrigado a intervir se o inexperiente nadador começar a se afogar.

23. Dever de agir por ter gerado o risco: é o dever surgido de ação precedente do agente, que deu causa ao aparecimento do risco. Exemplo: alguém joga outro na piscina, por ocasião de um trote acadêmico, sabendo que a vítima não sabe nadar. Fica obrigado a intervir, impedindo o resultado trágico, sob pena de responder por homicídio.

NEXO CAUSAL
Teoria da equivalência das condições (ou dos antecedentes)
(Art. 13, *caput*, CP)

Todas constituem antecedentes causais do evento

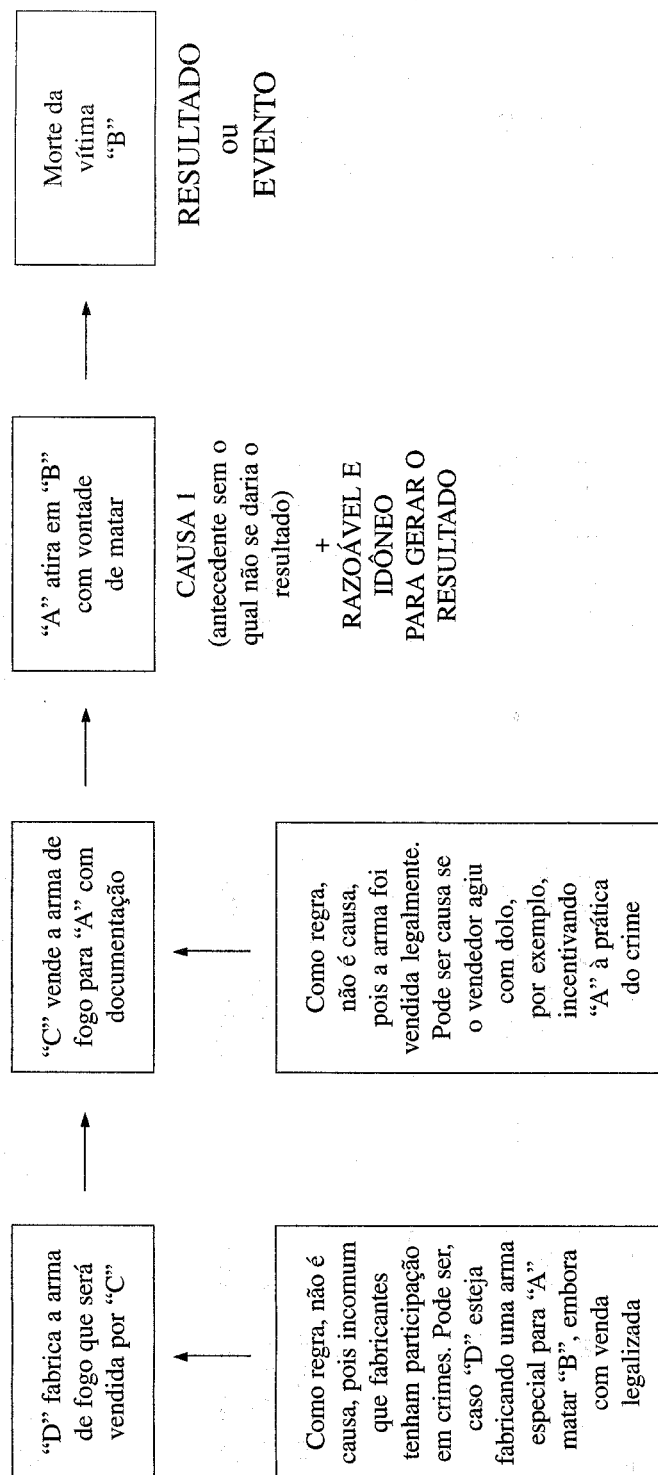


Notas:

- a) Somente “A” será punido criminalmente pela morte de “B”, pois deu causa ao resultado com dolo
- b) “C” e “D” praticaram condutas, que constituem causas eficientes para a ocorrência do resultado, mas não serão penalmente responsabilizados, pois não agiram com dolo ou culpa

NEXO CAUSAL

Teoria da causalidade adequada (ou das condições qualificadas)

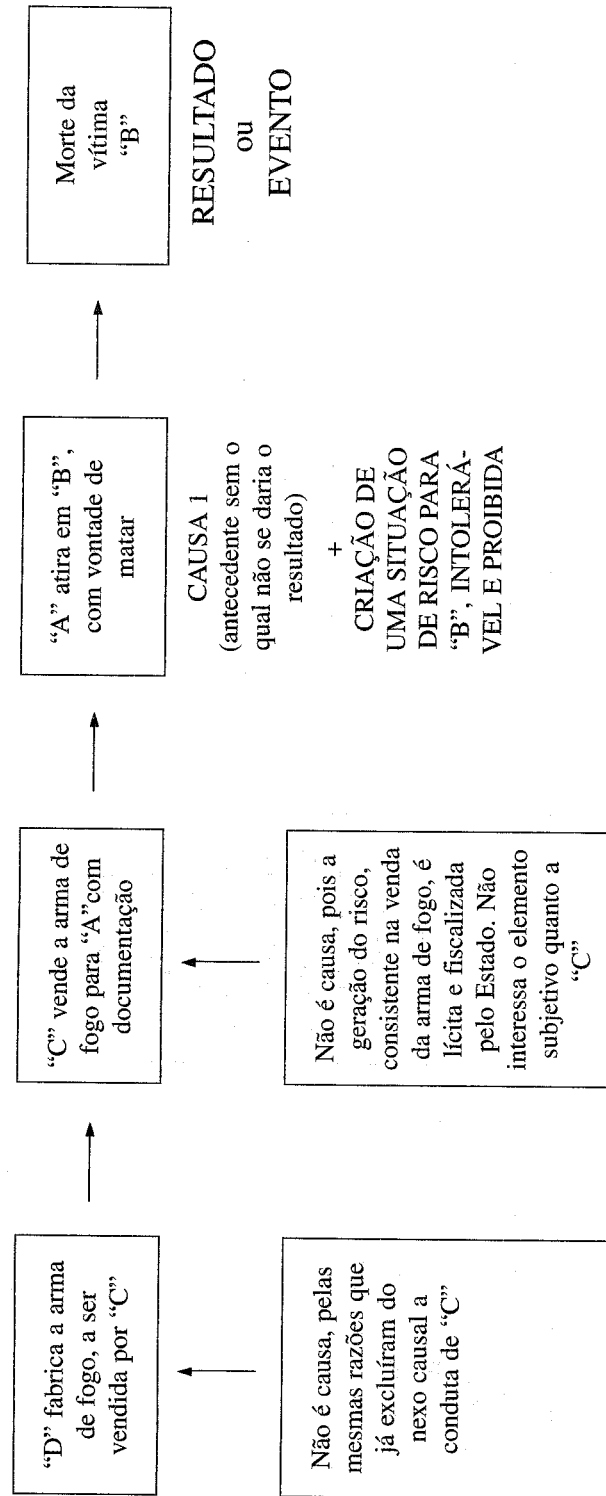


Notas:

- "A" será punido criminalmente por homicídio doloso, já que deu causa à morte de "B"
- "C" e "D", como regra, não serão penalmente responsabilizados, pois não é razoável supor que o vendedor e o fabricante de armas, quando em situação legalizada, tenham alguma participação nos delitos que possam ocorrer com o emprego das armas comercializadas
- Podem ter suas condutas consideradas como antecedentes causais válidos para sua responsabilização penal, caso se prove que algum deles tenha agido com dolo ou culpa para a ocorrência do resultado "morte"

NEXO CAUSAL

Teoria da imputação objetiva

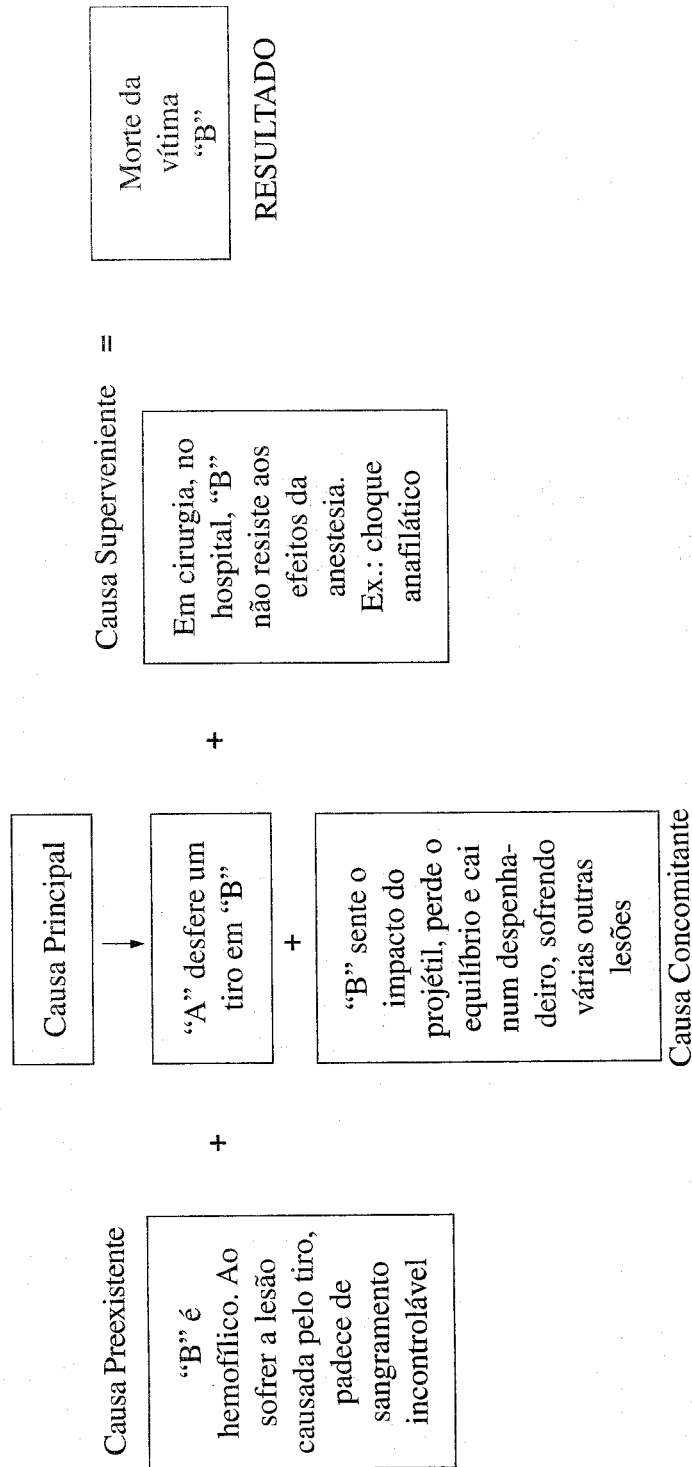


Notas:

- a) "A" será punido pela prática de homicídio doloso, pois deu causa à morte de "B", o que é juridicamente proibido
- b) "C" e "D" realizaram suas condutas dentro da legalidade, sob "as vistas" do Estado, e não podem ser incluídos no nexo causal, pouco interessando se agiram com dolo ou culpa
- c) "C" e "D" somente responderiam criminalmente e suas condutas seriam incluídas no nexo causal, caso fizessem venda e fabrico clandestinos da arma de fogo, pois, nessas situações, criariam um risco intolerável e proibido

NEXO CAUSAL

Concausas: são as causas que se unem para gerar o resultado

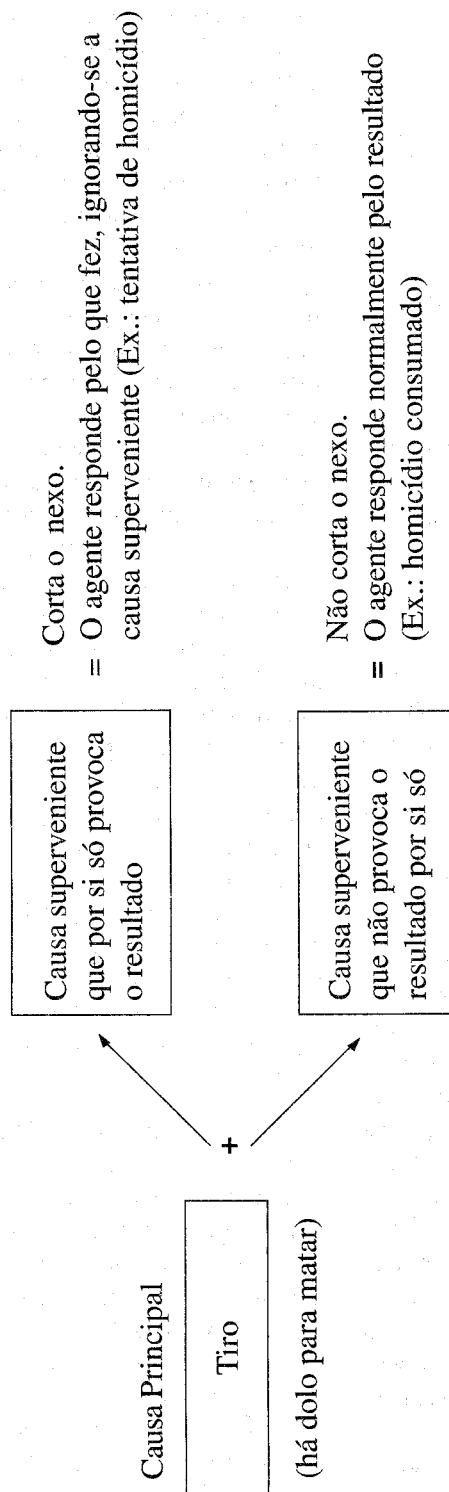


Notas:

A associação das causas pode levar ao resultado:

- a) Causa preexistente (hemofilia) + tiro = morte
- b) Tiro + causa concomitante (queda) = morte
- c) Tiro + causa superveniente (choque anafilático) = morte

CAUSA SUPERVENIENTE, QUE CORTA O NEXO CAUSAL (Art. 13, § 1.º, CP)



Notas:

- O disposto no art. 13, § 1.º do Código Penal é uma exceção à regra da equivalência dos antecedentes, prevista no *caput*. Pode-se dizer que é um abrandamento à regra, trazido pela teoria da causalidade adequada
- No exemplo dado, seria uma causa superveniente relativamente independente, que por si só causou o resultado, um incêndio ocorrido no hospital, onde "B" se trata do tiro, morrendo queimado
- Ainda no mesmo exemplo, seria uma causa superveniente relativamente independente, que não provocou por si só o resultado, o choque anafilático, sofrido por "B", durante a cirurgia para cuidar da lesão provocada pelo tiro
- Há dois critérios para apurar se a causa superveniente é suficiente para cortar o nexo causal: *previsibilidade do agente* (é uma situação possível, como regra, de acontecer?) + *força individual* (é uma situação que tem potencial para tornar vítimas outras pessoas, além de "B", ferido a tiro, por "A"?). Se as respostas forem afirmativas, corta-se o nexo causal e "A" responde somente por tentativa de homicídio

Art. 14. Diz-se o crime:

Crime consumado²⁴

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;^{25-27-C}

Tentativa^{28-29-A}

II – tentado,³⁰ quando, iniciada a execução,^{31-32-B} não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.³³

Pena de tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário,³⁴ pune-se a tentativa³⁵ com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços).^{36-37-A}

24. Conceito de crime consumado: é o tipo penal integralmente realizado, ou seja, quando o tipo concreto se enquadra no tipo abstrato. Exemplo: quando A subtrai um veículo pertencente a B, com o ânimo de assenhoreamento, produz um crime consumado, pois sua conduta e o resultado materializado encaixam-se, com perfeição, no modelo legal de conduta proibida descrito no art. 155 do Código Penal.

25. Conceito de tipo penal e sua estrutura: é a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina). A existência dos tipos penais incriminadores (modelos de condutas vedadas pelo direito penal, sob ameaça de pena) tem a função de *delimitar* o que é penalmente ilícito e o que é penalmente irrelevante, tem, ainda, o objetivo de dar *garantia* aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito, bem como tem a finalidade de conferir *fundamento* à ilicitude penal. Note-se que o tipo não *cria* a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em *crime*. O tipo penal vem estruturado da

seguinte forma: a) *título ou – nomen juris*: é a rubrica dada pelo legislador ao delito (ao lado do tipo penal incriminador, o legislador confere à conduta e ao evento produzido um *nome*, como *homicídio simples* é a rubrica do modelo de comportamento “matar alguém”). Sobre a importância do título, escreve David Teixeira de Azevedo que “o legislador, ao utilizar o sistema de rubricas laterais, fornece uma síntese do bem protegido, apresentando importante chave hermenêutica. A partir da identificação do bem jurídico protegido é que se extrairá do texto legal sua virtude disciplinadora, concluindo quanto às ações capazes de afligir ou pôr em risco o objeto jurídico” (*Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*, p. 34); b) *preceito primário*: é a descrição da conduta proibida, quando se refere ao tipo incriminador, ou a da conduta permitida, referindo-se ao tipo penal permissivo. Dois exemplos: o preceito primário do tipo incriminador do art. 121 do Código Penal é “matar alguém”; o preceito primário do tipo permissivo do art. 25 do Código Penal, sob a rubrica “legítima defesa”, é repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, usando moderadamente os meios necessários; c) *preceito secundário*: é a parte sancionadora, que ocorre somente nos tipos incriminadores, estabelecendo a pena. Ex.: no crime de homicídio simples, o preceito secundário é “reclusão, de seis a vinte anos”.

25-A. Elementos do tipo penal incriminador: sendo ele o modelo legal abstrato de conduta proibida, que dá forma e utilidade ao princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine), fixando as condutas constitutivas dos crimes e contravenções penais, convém esmiuçar o estudo dos seus componentes. O tipo incriminador forma-se com os seguintes elementos: 1.º) *objetivos*, que são todos aqueles que não dizem respeito à vontade do agente, embora por ela devam

estar envolvidos. Estes se subdividem em:

a1) *descritivos*, que são os componentes do tipo passíveis de reconhecimento por juízos de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial (sentidos humanos). Assim, quando se estuda o tipo penal do homicídio, verifica-se que é composto integralmente por elementos descritivos. *Matar alguém* não exige nenhum tipo de valoração ou interpretação, mas apenas constatação. *Matar* é eliminar a vida; *alguém* é pessoa humana;

a2) *normativos*, que são os componentes do tipo desvendáveis por juízos de valoração, ou seja, captáveis pela verificação espiritual (sentimentos e opiniões). São os elementos mais difíceis de alcançar qualquer tipo de consenso, embora sua existência tenha justamente essa finalidade. Quando se discute, no crime de ato obsceno (art. 233), o conceito de *obscenidade*, sabe-se que este último termo não tem outra análise senão valorativa. A *obscenidade*, no cenário dos crimes contra os costumes, encontra variadas formas de visualização, motivadas por opiniões e por condições de lugar e tempo. Enfim, o elemento normativo produz um juízo de valor distante da mera descrição de algo. Podemos apontar, ainda, os juízos de valoração cultural (como a referida *obscenidade* nos crimes contra os costumes) e os juízos de valoração jurídica (como o conceito de *cheque*, no estelionato); 2.º) *subjetivos*, que são todos os elementos relacionados à vontade e à intenção do agente. Denominam-se *elementos subjetivos do tipo específicos*, uma vez que há tipos que os possuem e outros que deles não necessitam. Determinadas figuras típicas, como o homicídio (“matar alguém”), prescindem de qualquer finalidade especial para se concretizarem. Logo, no exemplo citado, pouco importa a razão pela qual A mata B e o tipo penal pode integralizar-se por completo. Entretanto, há tipos penais que demandam, expressamente, finalidades específicas por parte do agente; do contrário, não

se realizam. Só se pode falar em prevaricação (art. 319) caso o funcionário público deixe de praticar ou retarde o ato de ofício *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Aí está o elemento subjetivo do tipo específico da prevaricação. Se não estiver presente, pode-se falar de mera falta funcional. Há vários modos de introduzir no tipo essas finalidades específicas: “para si ou para outrem” (furto); “com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate” (extorsão mediante seqüestro), entre outros. Pode ocorrer, ainda, a existência de elemento subjetivo específico implícito, vale dizer, que não consta expressamente no tipo penal, mas deduz-se sua presença oculta. É o que se dá no contexto dos crimes contra a honra (vide a nota 9 ao art. 138). Quando o tipo penal possui finalidade específica expressa, chama-se *delito de intenção* (ou de resultado cortado); quando a finalidade específica é implícita, denomina-se *delito de tendência*.

26. Conceito de tipicidade: é a adequação do fato ao tipo penal. Nas palavras de Miguel Reale Júnior, é a “congruência entre a ação concreta e o paradigma legal ou a configuração típica do injusto” (*Parte Geral do Código Penal – Nova interpretação*, p. 21). Tipicidade é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concreto (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo abstrato). Há, ainda, a denominada *tipicidade por extensão*, que é a aplicação conjunta do tipo penal incriminador, previsto na Parte Especial do Código Penal, com uma norma de extensão, prevista na Parte Geral, tendo por finalidade construir a tipicidade de determinado delito. É o que se dá com a tentativa. Não há, na Parte Especial, como regra, a descrição de crime tentado. Para a construção da tipicidade da tentativa é imprescindível a união entre o tipo incriminador e a norma prevista no art. 14, II, do Código Penal. Assim, a tentativa de roubo tem a seguinte

tipicidade: art. 157, *caput*, combinando com art. 14, II, do Código Penal.

27. Outras classificações do tipo penal: a doutrina adota, dentre várias, as seguintes: a) *tipo fechado e tipo aberto*: o primeiro é constituído somente de elementos descritivos, que não dependem do trabalho de complementação do intérprete, para que sejam compreendidos (ex.: art. 121, *matar alguém* – os dois elementos são puramente descrições, sem qualquer valorização a exigir do intérprete conceitos que vão além do vernáculo). Defende Aníbal Bruno que, quanto mais fechado o tipo, ou seja, quanto mais restrita a sua compreensão, maior a garantia que dele decorre para as liberdades civis (*Sobre o tipo no direito penal*, p. 61); o segundo é aquele que contém elementos normativos ou subjetivos, de modo que depende da interpretação de quem o conhece, para que adquira um sentido e tenha aplicação (ex.: art. 233, *praticar ato obsceno* – o tipo exige que se faça um juízo valorativo acerca do termo *obsceno*, que não é meramente descritivo, mas normativo). Normalmente, os tipos culposos são abertos, embora exista exceção (art. 180, § 3.º, CP); b) *tipo objetivo e tipo subjetivo*: o primeiro é a parte do tipo penal referente unicamente aos elementos objetivos, aqueles que não dizem respeito à vontade do agente (ex.: art. 155, subtrair coisa alheia móvel). Como diz Carnelutti, não há necessidade de se definir a circunstância objetiva. São todas as circunstâncias que *não são subjetivas* (não há necessidade de dar mais que esta noção negativa) (*Lecciones de derecho penal – El delito*, p. 177); o segundo é constituído da parte do tipo ligada à vontade do sujeito, podendo ela estar implícita, como ocorre com o dolo, bem como explícita, quando houver expressa menção no tipo penal a respeito de finalidade (ex.: no caso do furto, pode-se dizer que o tipo subjetivo é o dolo e também a específica finalidade *para si ou*

para outrem); c) *tipo básico e tipo derivado*: o primeiro é a composição fundamental do crime, sem a qual não se poderia falar na infração penal, tal como intitulada pelo Código Penal. É a conduta nuclear com seus indispensáveis complementos. Como regra, encontra-se prevista no *caput* dos artigos (ex.: art. 163, destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia). Faltando os verbos e qualquer dos complementos – coisa ou alheia –, não há crime de dano; o segundo é composto pelas circunstâncias especiais que envolvem a prática do delito, trazendo consequências na esfera da aplicação da pena (ex.: art. 163, parágrafo único: se o crime é cometido: I – com violência à pessoa ou grave ameaça; II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave; III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima). Assim, para a existência do delito de dano, basta a configuração do tipo básico, previsto no *caput*, mas, se as circunstâncias especiais previstas no parágrafo único, componentes do tipo derivado, se realizarem, a pena é aumentada; d) *tipo simples e tipo misto*: o primeiro é composto de uma única conduta punível – como regra, há um só verbo no tipo (ex.: art. 184, *violar direito autoral*); o segundo é constituído de mais de uma conduta punível – como regra, há mais de um verbo no tipo, dividindo-se em tipo misto alternativo, quando a prática de uma ou várias das condutas previstas no tipo levam à punição por um só delito (art. 271, corromper ou poluir água potável). Tanto faz que o agente corrompa (adultere) ou suje (polua) a água potável ou faça as duas condutas, pois haverá um só delito. A outra forma do tipo misto é o cumulativo, quando a prática de mais de uma conduta, prevista no tipo, indica a realização de mais

de um crime, punidos em concurso material (ex.: art. 208, escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso). Nesse caso, se o agente escarnecer de alguém, impedir cerimônia religiosa e vilipendiar objeto de culto religioso, deve responder por três delitos. Outro exemplo é encontrado no art. 358 (impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial e afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem); e) *tipo de injusto* (teoria dos elementos negativos do tipo): é o tipo que congrega, na sua descrição, embora implicitamente, as causas de justificação. Assim, falar em tipicidade seria considerar, ao mesmo tempo, a antijuridicidade, como se o tipo penal fosse construído da seguinte forma: furto seria “subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, desde que não fosse em estado de necessidade”. Por isso, quem subtrai algo, sob o manto do estado de necessidade, praticaria fato atípico. Há vários problemas, apontados por Juarez Tavares, para a adoção do tipo-total de injusto: 1.º) altera-se a estrutura sistemática do delito, no seu aspecto dogmático (fato típico, antijurídico e culpável), tornando confusa a sua metodologia – afinal, foram anos de esforço para separar os componentes do crime, de maneira analítica. Inexiste vantagem prática na reunião do típico ao antijurídico; 2.º) não devem as causas de justificação ser consideradas exceções à regra, mas, sim, limitações de seu conteúdo, diante de um *fato concreto*. “O tipo, portanto, como categoria abstrata, é um limitador do arbítrio e uma segurança para o cidadão. A antijuridicidade retira sua validade do caso concreto”. O tipo penal incriminador do homicídio existe para proteger a vida humana, bem jurí-

dico maior. Logo, somente no caso concreto é que se admite haver um homicídio, porque foi cometido em legítima defesa. A excludente de ilicitude realiza-se no campo concreto e jamais no contexto abstrato do tipo penal; 3.º) a junção do tipo à antijuridicidade traz dificuldades para o enquadramento sistemático das excludentes de ilicitude previstas em outros ramos do direito, logo, extrapenais. A sua “incorporação ao tipo resultaria duvidosa, ainda que sob o enfoque de seu elemento negativo” (*Teoria do injusto penal*, p. 166-167); f) *tipo indiciário*: trata-se da posição de quem sustenta ser a tipicidade um indício de antijuridicidade. Preenchido o tipo penal incriminador, está-se constituindo uma presunção de que o fato é ilícito penal, dependente, pois, da verificação concreta da existência – ou não – de causas de justificação (excludentes de ilicitude). Nessa ótica, preceitua Muñoz Conde que “a tipicidade de um comportamento não implica, no entanto, a antijuridicidade do mesmo, mas sim um *indício* de que o comportamento pode ser antijurídico (*função indiciária do tipo*)” (*Derecho penal – Parte general*, p. 283). Criticando essa nomenclatura, professa Juarez Tavares que, “em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *juris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se” (*Teoria do injusto penal*, p. 163); g) *tipo permissivo*: é aquele formado por conduta autorizadora, ou seja, é o constituído por uma excludente de ilicitude ou causa de justificação (ex.: art. 25, legítima defesa); h) *tipo formal e tipo material*:

o primeiro é o tipo legal de crime, ou seja, a descrição feita pelo legislador ao construir os tipos incriminadores, inseridos na Parte Especial do Código Penal (ex.: art. 129, ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem); o segundo é o tipo legal adequado à lesividade, que possa causar a bens jurídicos protegidos, bem como socialmente reprovável (ex.: no caso das lesões corporais, somente se pode dar a tipicidade material, caso haja o preenchimento dos elementos do art. 129, associados à efetiva lesão do bem jurídico tutelado, de maneira reprovável. O furo na orelha de uma criança, por exemplo, para a colocação de um brinco, pode ser formalmente uma lesão à integridade corporal, mas, materialmente, trata-se de fato atípico, pois adequado socialmente. O delito do art. 129 tem por finalidade punir aquele que, fugindo aos parâmetros éticos e socialmente adequados, fere a integridade do corpo humano). Para apurar a tipicidade material, vale-se a doutrina dos princípios da adequação social e da insignificância. Com relação à *adequação social*, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda que não se constitua em causa de justificação, pode ser entendida como não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, situação tradicionalmente aceita, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar, ao menos na aparência, de lesão à integridade física. Convém citar a posição de Muñoz Conde, contrária à utilização da adequação social como causa de exclusão da tipicidade material, devendo ser usada somente como critério de interpretação do tipo penal. Leciona o autor que “a adequação social pode ser um critério que permita, em alguns casos, uma interpretação restritiva dos tipos penais que, redigidos com excessiva amplitude, estendem em demasia o âmbito da proibição. Mas esta é uma consideração fática que não

pode pretender validade geral, dada sua relatividade e insegurança” (*Derecho penal – Parte general*, p. 286). Parece-nos, entretanto, que a *adequação social* é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada, deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal. A evolução do pensamento e dos costumes, no entanto, é o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade. Atualmente, não mais se considera lesão corporal a utilização de tatuagem, por exemplo. Houve tempo, entretanto, que referida prática chocava a sociedade. Confira-se na lição de Moniz de Aragão: “O uso de *tatuagem* (‘cicatrices ideográficas, como define Lacasagne, coradas pela introdução de partículas corantes nas malhas do tecido subepidérmico’), tão freqüente entre os criminosos, está também ligado a essa insensibilidade física, a essa percepção menor das sensações dolorosas: é uma consequência, talvez uma prova mesmo da analgesia e disvulnerabilidade dos delinqüentes. ‘Em 142 criminosos examinados por mim, informa Lombroso, cinco traziam tatuagens na verga; um desenhara aí uma cabeça de mulher, disposta de modo que a boca era formada pela extremidade do meato urinário, sobre o dorso da verga estavam figuras as armas do Rei; outro aí pintou as iniciais de sua amante, outro um ramalhete de flores. Estes fatos provam uma falta absoluta de pudor, e, mais ainda, uma estranha insensibilidade, porque não há região mais sensível à dor...’ E conforme o mestre italiano, é principalmente atávico o impulso que leva os malfeitores a esse hábito singular, tão generalizado entre

os selvagens” (*As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica – Estudo comparativo*, p. 145). Vale mencionar, ainda, para ilustrar como se dá e se forma a adequação social, o seguinte exemplo, extraído da Espanha: “A violência culturalmente aceita adota diversas formas de se manifestar, fora das quais esta mesma violência não é tolerada. Um claro exemplo disso encontramos nas lutas com touros na Espanha: é um fato culturalmente aceito [pelos espanhóis] a tortura e morte de um touro em uma arena; no entanto, não é culturalmente aceita a violência dirigida contra o mesmo animal fora deste contexto (suponhamos atiradores disparando no animal em campo aberto)” (Margarita Beceiro Caneiro, *Las dimensiones de la violencia: hacia una tipología de la conducta antisocial, La mente criminal*, p. 55, traduzi). Nesse cenário, diz Roxin: “A vida diária nos apresenta uma quantidade de privações de liberdade adequadas ao tipo nas quais o observador natural não pensaria nem mesmo em perguntar a respeito de justificção para o fato, pois ‘essa ação se desenvolve completamente dentro dos limites de ordem histórico-ético-social da vida em comunidade e é permitida por esta ordem’. É o que acontece, por exemplo, nos casos em que os modernos meios de transporte privam a liberdade pessoal do particular, permitindo que desça apenas nos lugares onde está previsto e não simplesmente onde queira” (*Teoria del tipo penal – Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, p. 15). Além da tatuagem, insere-se no contexto da adequação social tanto o *piercing* (colocação de objetos perfurantes em partes variadas do corpo) quanto outras formas de lesão corporal praticada pelo agente em seu próprio corpo. A revista *Superinteressante* (n. 213, maio 2005) publicou artigo demonstrando outras formas de mutilação que vêm sendo perseguidas por alguns adeptos: a) bifurcação de língua: “procedi-

mento cirúrgico que divide parte da língua em duas metades, dando a aparência de uma língua de lagarto ou cobra. Com o tempo, é possível mexer as duas partes individualmente”; b) *branding*: “aplicação de metal aquecido na pele, deixando uma queimadura que eventualmente se transforma em cicatriz”; c) escarificação: “também conhecida como *scarification* ou simplesmente *scar* (cicatriz em inglês). É a fabricação de cicatrizes, com intenções espirituais (como é comum em tribos africanas) ou estéticas; d) implante: “um objeto, que pode ser de vários materiais (silicone, plástico, osso, metal) e formatos, é inserido sob a pele, criando um relevo. Nos implantes transdermais, a base fica sob a pele e a ponta fica para fora”; e) nulificação: “é a remoção voluntária de partes do corpo, como testículos, dedos, dentes, mamilos e até mesmo remoção de membros inteiros”. Esses procedimentos, embora possam parecer estranhos a muitas pessoas, para a grande maioria figuram como atitudes individualizadas, concernentes a quem os deseja, logo, totalmente ignoradas no contexto social. Por isso, penalmente irrelevantes. Com relação à *insignificância* (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funcionando como *ultima ratio* no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas. Há várias decisões de tribunais pátrios absolvendo réus por considerarem que ínfimos prejuízos a bens jurídicos não devem ser objeto de tutela penal, como ocorre nos casos de “importação de mercadoria proibida” (contrabando), tendo por objeto material coisas de insignificante valor, v.g., trazidas por sacoleiros do Paraguai (examine-se farta jurisprudência na nota 85 ao art. 334). Outro exemplo é o furto de coisas insignificantes, tal como o de uma azeitona, exposta à venda em uma mercearia. Conferir, também, os seguintes exemplos: STJ: “A apreensão de quantidade íni-

ma de droga – 0,25 g –, sem qualquer prova de tráfico, não tem repercussão penal, à míngua de lesão ao bem jurídico tutelado, enquadrando-se o tema no campo da insignificância” (HC 7.977-RJ, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 25.03.1999, m. v., *DJ* 14.06.1999, p. 227); “De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância, envolvendo a ninharia do prejuízo e englobando a irrelevância da transgressão, impede que se dê vazão aos efeitos nefastos do procedimento penal. *In casu*, tendo sido a paciente denunciada por tentativa de furto, onde a *res furtiva* restou avaliada em R\$ 2,65 (dois reais e sessenta e cinco centavos), correspondente a produtos de higiene pessoal, mais do que patente a desnecessidade da aplicação penal, em face do inexpressível ataque ao bem jurídico tutelado” (HC 28.796-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 02.10.2003, v. u., *Bol. AASP* 2387). Idem: HC 8.020-RJ, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 25.03.1999, m. v., *DJ* 14.06.1999, p. 227. Ressalte-se que, no campo dos tóxicos, há polêmica quanto à adoção da tese da insignificância. E, ainda, tratando de crime de falso testemunho cometido por familiares, denunciando maus-tratos, inveridicamente ocorridos. Ao final, as desavenças familiares findaram, estando todos harmonizados. Decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “Processo penal. Falso testemunho. Inquérito policial. Trancamento recomendado pela insignificância penal do ato da desavença entre familiares, afinal harmonizados, na exata conceituação do chamado crime de bagatela” (RHC 3.725-SP, 5.^a T., rel. José Dantas, 15.06.1994, v. u., *DO* 01.08.1994, p. 18.665). No Tribunal de Justiça de São Paulo: “Tóxico. Agente apanhado quando fumava um único cigarro de maconha que possuía. Atipicidade da conduta. A detenção transitória de ínfima quantidade de maconha, que se estava a consumir, não caracteriza o porte ilegal de entorpe-

cente, eis que este só tem relevância quando ainda subsiste o risco à saúde pública. A lei penal não pune o vício, e o agente, ao consumir a droga, lesa apenas a si mesmo, desaparecendo a potencialidade de dano social e o perigo de disseminação do tráfico. Apelação provida para absolver o réu, face à atipicidade da conduta” (HC 264.531-3/0, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 20.10.1998, m. v.). Há *três regras*, que devem ser seguidas, para a *aplicação do princípio da insignificância*: 1.^a) o bem jurídico afetado não pode ser de grande valor para a vítima. Conferir: “Nos delitos patrimoniais, os objetos subtraídos portam valores relativos, pelo que não se pode inferir da inexistência do crime pela irrelevância do objeto, sem se cotejar o valor da *res* com as condições econômicas de cada vítima. O que se mostra desprezível para alguns pode vir a ter importância transcendental para outros” (tratando do furto de uma galinha, de quem tinha apenas um galo, duas galinhas e poucos frangos) (TACRIM/SP, *RJDTACRIM* 4/99); 2.^a) não pode haver excessiva quantidade de um produto unitariamente considerado insignificante. Assim: STJ: “A quantidade de mercadoria apreendida em poder do acusado (cerca de 4.000 maços de cigarros de fabricação nacional, destinados à exportação) não autoriza, *in casu*, a aplicação do princípio da insignificância” (REsp 193.367-RO, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v. u., 20.05.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 191); 3.^a) não pode envolver crimes contra a administração pública, de modo a afetar a moralidade administrativa. Ver: STJ: “Não se aplica o chamado ‘princípio da insignificância’ quando a hipótese engloba crimes contra a administração pública em razão da efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado. A aferição da insignificância é matéria afeta ao juízo da instrução e não no *habeas corpus*. Óbice da Súmula 7/STJ” (RHC 8.357-GO, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 15.04.1999, v. u., *DJ*

25.10.1999, p. 99). E também: TRF-4ª Região: “A introdução de oito caixas de uísque sem o pagamento dos tributos, promovida por servidores públicos para uso em um jantar de confraternização da classe, configura o crime de descaminho previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal e, independentemente do valor da mercadoria, não pode ser algo considerado insignificante e, conseqüentemente, atípico” (Ap. 2001.04.01.064921-2-PR, 7.ª T., rel. Vladimir Freitas, 04.02.2003, v. u.). Convém citar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estabelecendo critérios para a aceitação da insignificância: “Ora, o que distingue uma ação considerada de bagatela ou insignificante, de outra penalmente relevante e que merece a persecução criminal, é a soma de três fatores: o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas; a irrelevância da ação do agente; a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser” (cuidava-se de um furto de 21 abóboras, recuperadas depois pela vítima, considerado insignificante) (TJRS: Embargos de Declaração 70007545148, 8.ª C., Rosário do Sul, rel. Sylvio Baptista, 19.11.2003, v. u.). Conferir, ainda, o disposto na nota 27-C *infra*. Segundo nos parece, insere-se, neste contexto, a análise do *tipo conglobante*, que é a verificação do tipo legal, associada às demais normas que compõem o sistema. Assim, algo pode preencher o tipo legal, mas, avaliando-se a conduta conglobadamente, isto é, em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico, verifica-se que o bem jurídico protegido não foi afetado. Houve decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, adotando a tese da tipicidade conglobante, ao absolver caso de adultério (quando era conduta considerada criminosa): “E a própria incriminação do adultério torna-se obsoleta, violando-se o direito à intimidade da sexualidade (art. 5.º, X, CF), deixando de atender ao concei-

to da tipicidade conglobante...” (tratava-se de casal separado de fato, com petição de separação já distribuída. TJRJ: EI 57.736-96, 1.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Sérgio Verani, 23.10.1997). Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, a “tipicidade conglobante consiste na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um corretivo da *tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas...”. E dizem, ainda, que, além dos casos de justificação (tipos permissivos), a atipicidade conglobante surge em função de “*mandatos* ou *fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal” (*Manual de direito penal brasileiro*, p. 461-463); i) *tipo congruente* e *tipo incongruente*: o primeiro é o tipo penal que espelha a coincidência entre a face objetiva e o lado subjetivo (ex.: no caso do homicídio, quando o agente extermina a vida da vítima, preenche o tipo objetivo – matar alguém – ao mesmo tempo que perfaz, plenamente, o tipo subjetivo – vontade de matar alguém); o segundo é o tipo penal que permite a inadequação do lado objetivo, nele previsto, com o que subjetivamente almeja o agente, embora se considere consumado o delito (ex.: na extorsão mediante seqüestro – crime essencialmente patrimonial –, o tipo objetivo prevê o seqüestro de pessoa, com o fim de obter vantagem, como condição ou preço do resgate, demonstrando que a finalidade do agente é patrimonial. Entretanto, ainda que somente o seqüestro se realize, bastando haver o intuito de obter resgate, está consumado o crime). Há incongruência entre o desejado pelo agente e o efetivamente alcançado; j) *tipo normal* e *tipo anormal*: o primeiro é o tipo, tal como originalmente idealizado por Beling, composto apenas de

elementos descritivos, que não exigiriam valoração por parte do intérprete, para a exata compreensão da figura típica (ex.: matar alguém); o segundo é o tipo penal no qual se inseriram elementos normativos ou subjetivos, tornando-o passível de interpretação e valoração, para que possa ser convenientemente aplicado ao caso concreto (ex.: assédio sexual, inserindo-se a finalidade de “obter vantagem ou favorecimento sexual”). Nas palavras de Jiménez de Asúa, os tipos normais são aqueles que ratificam a função da lei penal, na parte especial, consistente em fazer uma mera descrição objetiva, enquanto anormais são o resultado da impaciência do legislador, que proporcionou a inserção, na descrição da conduta incriminada, de juízos valorativos pertinentes à antijuridicidade, incluindo os elementos normativos ou as excessivas alusões a elementos subjetivos do injusto (*Principios de derecho penal – La ley y el delito*, p. 254-255); l) *tipo de tendência interna subjetiva transcendente*: trata-se do tipo penal que possui elemento subjetivo específico implícito, não se contentando com o dolo (ex.: crimes contra a honra). Ver, ainda, a nota 25-A supra e a nota 61 ao art. 18; m) *tipo remetido*: cuida-se de um tipo penal incriminador de construção externa complexa, fazendo remissão a outro(s) tipo(s) penal(ais) para que possa ser aplicado. A referência pode se dar tanto no preceito primário, quanto no preceito sancionador. Um exemplo das duas situações pode ser encontrado no art. 304 do Código Penal: “Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração”.

27-A. Princípio da adequação social e lesões cometidas na prática de esportes: como mencionado na nota anterior, ao cuidar da tipicidade material, o princípio da adequação social significa que uma conduta

aceita e aprovada pela sociedade, de modo consensual, não pode ser considerada materialmente típica; afinal, inexiste qualquer tipo de ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. Mas é sempre preciso salientar que a adequação social deve ser verificada no caso concreto, conforme os costumes da época, levando-se em consideração uma situação de natural consenso. Dessa forma, costuma-se considerar *socialmente adequada* a ocorrência de lesões durante a prática de esportes – não se está fazendo referência aos violentos, como o boxe, pois, nessa situação, há exercício regular de direito – como ocorre com entradas violentas em jogos de futebol. Entende-se que a violência praticada no campo deve ser solucionada no campo, isto é, pelos mecanismos naturais de expulsão e outras sanções. Entretanto, nem sempre é assim, e muitas vezes nota-se a evolução do próprio entendimento social a respeito de algo que parecia consolidado. Atualmente, conforme o caso, as lesões ocorridas no campo de futebol começam a fugir do âmbito da adequação social, ingressando no contexto das sanções admitidas pelo direito. Não se evoluiu a ponto de ser considerada uma lesão corporal, passível de punição pelo direito penal, mas já começam a surgir casos de indenização na esfera cível. Como exemplo, mencione-se: “Ação de indenização por dano material e moral – Em decorrência de acidente sofrido em partida de futebol, alegando o autor que foi lesionado por ter o adversário aplicado-lhe ‘carrinho’. Oportuna é a indicação de prova oral que o réu faz na contestação, com ela juntando rol de testemunhas, nos termos do art. 300 do CPC. Embora não caracterizado o dolo na conduta do réu, representa esta desvio de conduta esperada dos partícipes de jogo de futebol recreativo, no qual não se admitem aos competidores atos de risco à integridade física dos demais jogadores, de modo que imprudente foi o atuar do

réu. Caracterizada a culpa, o dano grave e o nexo causal, condena-se ao pagamento dos danos materiais já comprovados nos autos e dos danos morais no equivalente a 300 salários mínimos vigentes nesta data e corrigidos pelos índices oficiais daqui para frente” (TJRJ, 1.^a C. Cível, AC 7074/2001-RJ, rel. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, 10.07.2001, v. u.).

27-B. Excludentes de tipicidade: há excludentes legais, expressamente previstas nas normas penais, embora sem se poder apontar um único artigo ou capítulo para abrigá-las em conjunto. Assim, como exemplos, podemos citar: crime impossível (consultar as notas 53 e 54 ao art. 17); intervenção médico-cirúrgica e impedimento de suicídio (consultar as notas 14, 15 e 16 ao art. 146); retratação no crime de falso testemunho (consultar a nota 73 ao art. 342); anulação do primeiro casamento no crime de bigamia (consultar a nota 18 ao art. 235). Além dessas, existem, ainda, a anistia e a *abolitio criminis*, que constam como causas de exclusão da punibilidade no Código Penal (art. 107, II e III), mas, na essência, são autênticas causas de afastamento da tipicidade. A primeira (anistia) é uma forma de clemência do Estado, concedida pelo Poder Legislativo, voltada ao “esquecimento” de fatos considerados criminosos. Se o fato *desaparece* do mundo jurídico, é natural que não mais possa ser considerado típico. A segunda (*abolitio criminis*) significa que lei posterior deixa de considerar crime determinada conduta. Se assim ocorre, eliminando-se o tipo penal, afasta-se logicamente a tipicidade. Consultar as notas 12 (anistia) e 19 (*abolitio*) ao art. 107. Por outro lado, existem as excludentes supraleais, que afastam a tipicidade, embora não estejam expressamente previstas no Código Penal, como ocorre com a adequação social e a insignificância, já abordadas na nota 27 supra, letra *h*. Confira-se nesse prisma: “Paralelamente à descriminalização

legislativa, assume papel significativo o reconhecimento dos princípios da adequação social e da insignificância, formas judiciais de descriminalização fática. A adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-se entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos. (...) O princípio da insignificância, por seu turno, equivale à desconsideração típica pela não-materialização de um prejuízo efetivo, pela existência de danos de pouquíssima importância” (Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, *Teoria da pena*, p. 155). Ilustrando, com jurisprudência: STF: extinguiu-se a ação penal contra acusado por furto de um botijão de gás, no valor de R\$ 20,00, em Caxias do Sul (RS), lembrando o relator que o valor subtraído correspondia a 5,26% do salário mínimo, na época do julgamento, bem como a 7,69%, na época da subtração (HC 92.463-RS, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 16.10.2007, v. u.); TJRS: “Furto simples tentado (art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do CP). O valor ínfimo da *res furtiva*, sem força para causar dano relevante ao patrimônio da vítima, não gera repercussão na seara penal, à míngua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado (princípio da insignificância). Absolvção que se impunha com força no art. 386, III, do CPP. Sentença monocrática confirmada. Apelo improvido. (...) Nestes lindes, em reforço aos argumentos constantes da sentença recorrida, registro que o auto de avaliação direta (fl. 21/v.) dá conta que os bens subtraídos possuem o valor de R\$ 60,86 (sessenta reais e oitenta e seis centavos). Ou seja, o valor das *rei furtivae* equivalia a 33,81% do salário mínimo vigente à época do fato (R\$ 180,00). Logo, a conduta imputada à ré no processo é insignificante e não justifica a repressão penal, em virtude da sua desproporcionalidade em relação aos danos supostamente ocasionados pela conduta denunciada. Portanto, é

plenamente aplicável ao caso o princípio da insignificância, ante a irrelevância da conduta da ré S. para o direito penal (delito de bagatela), à míngua de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o que conduz a pretensão punitiva (imprópria) deduzida ao veredicto absolutório centrado no art. 386, III, do CPP” (Ap. 70.009.794.884-Caxias do Sul, 6.^a C., rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, 23.12.2004, v. u., *Boletim AASP* 2494, out. 2006). Consultar, ainda, a nota 27-C infra.

27-C. Princípio da insignificância e seus requisitos:

a doutrina e a jurisprudência não chegam a um consenso quanto aos requisitos necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância, conseqüentemente, provocando a absolvição, por exclusão da tipicidade. Por isso, vale ressaltar, em tópico destacado, o julgado proferido pelo STF: “Rejeitou-se, ainda, a aplicação do princípio da insignificância, porquanto esta, como causa suprallegal de exclusão da tipicidade, exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nesse sentido, asseverou-se que não se revelariam suficientes para caracterizar a insignificância do delito apenas a pequena potencialidade lesiva da infração e o perigo concreto para a Administração Militar” (HC 90.977-MG, 1.^a T., rel. Cármen Lúcia, 08.05.2007, v. u., *Informativo* 466). Conferir, ainda: STF: “1. A questão de direito tratada neste writ, consoante a tese exposta pelo impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, o que deverá conduzir à absolvição por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal. 2. O fato insignificante (ou

irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 3. Não considero apenas e tão-somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2.^o). 4. A lesão se revelou significativa não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de três pessoas para a prática do crime (o paciente e dois adolescentes). De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do paciente. 5. Compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4.^o) e o privilégio (CP, art. 155, § 2.^o), desde que não haja imposição apenas da pena de multa ao paciente. 6. *Habeas corpus* denegado. Concessão da ordem de ofício por outro fundamento” (HC 94.765-RS, 2.^a T., rel. Ellen Gracie, 09.09.2008, v. u.).

28. Conceito de crime tentado: é a realização incompleta da conduta típica, que não é punida como crime autônomo. Como diz Aníbal Bruno, é a tipicidade não concluída. O Código Penal não faz previsão, para cada delito, da figura da tentativa, embora a grande maioria comporte a figura tentada. Preferiu-se usar uma *fórmula de extensão*, ou seja, para caracterizar a tentativa de homicídio, não se encontra previsão expressa no art. 121, da Parte Especial. Nesse caso, aplica-se a figura do crime consumado em associação com o disposto no art. 14, II, da Parte Geral. Portanto, o crime tentado de homicídio é a união do “matar alguém” com o

início de execução, que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pode-se ler: quem, pretendendo eliminar a vida de alguém e dando início à execução, não conseguiu atingir o resultado *morte*, praticou uma tentativa de homicídio.

29. Natureza jurídica da tentativa: trata-se de uma “ampliação da tipicidade proibida, em razão de uma fórmula geral ampliatória dos tipos dolosos, para abranger a parte da conduta imediatamente anterior à consumação” (cf. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Da tentativa*, p. 27). De fato, tendo em vista que o legislador não criou “tipos tentados”, mas permite a aplicação da tentativa à grande maioria dos delitos, é preciso utilizar o tipo do crime consumado, unindo-o, como já explicado em nota anterior, à previsão legal da tentativa (art. 14, II, CP), conseguindo-se atingir e punir a parte anterior à consumação. Há outras opiniões doutrinárias acerca do tema. Dentre elas, destacam-se as seguintes: a) *delito imperfeito ou frustrado*: “Não é como crime autônomo que se pune a tentativa, mas como forma frustrada de determinado crime, punível sob esse caráter” (Aníbal Bruno, *Direito penal*, t. 2, p. 244). Em igual prisma, Jiménez de Asúa (*Principios de derecho penal – La ley y el delito*, p. 474-475), embora não deixe de fazer referência expressa que também significa uma causa de extensão da pena (p. 473-474); Hungria, mencionando que a tentativa corresponde, objetivamente, a um “fragmento da conduta típica do crime (faltando-lhe apenas o evento condicionante ou característico da consumação)” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 78); Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 369); b) *regra de extensão da pena*: “Tanto a tentativa como a participação constituem fórmulas de ampliação ou extensão de pena de um delito especificado na lei, razão pela qual é impossível conciliar entre si duas figuras extensivas sem relacioná-las com o tipo legal. A tentativa é uma espécie

de delito, que não chega a consumir-se e que se articula com uma fórmula de extensão de pena, situada na Parte Geral, mas que está vazia, enquanto não se conecta com o delito concreto que o agente queira consumir. Se uma das normas é a principal (a definição do tipo na lei) e a outra é a secundária (a que nos oferece o conceito de tentativa), não vemos como dessa junção nascer um novo título autônomo de delito” (Roberto Reynoso D’Avila, *Teoría general del delito*, p. 304); c) *delito autônomo, com estrutura completa, objetiva e subjetivamente*: “A estrutura do delito tentado é completa, situando-se seu relacionamento com o delito consumado apenas na convergência dos conjuntos de meios tutelares que se empregam em dois momentos diversos sobre o mesmo bem. O grau de ataque ao bem jurídico (delito consumado: efetiva lesão; delito tentado: potencial ou parcial lesão) justifica a construção típica da forma tentada, guardando-se o bem jurídico e preservando-se o valor que a ele adere do risco de negação. A proporcionalidade punitiva, por isso, deve ser respeitada, não se podendo, para a simples ameaça do dano, determinar pena igual àquela da efetiva lesão ao bem. Nenhuma outra razão, senão o bem jurídico, objetivamente considerado, e a modalidade do ataque contra ele dirigido, justifica a redução da margem punitiva” (David Teixeira de Azevedo, *Dosimetria da pena*, p. 100).

29-A. Teorias fundamentadoras da punição da tentativa: são basicamente quatro: a) *subjetiva* (voluntarística ou monista): leva em consideração, para justificar a punição da tentativa, fundamentalmente, a vontade criminosa, desde que nítida, podendo ela estar presente e identificada tanto na preparação quanto na execução. Leva-se em conta apenas o *desvalor da ação*, não importando, para a punição, o *desvalor do resultado*. Nesse caso, inicia-se a possibilidade de punir a partir do momento em que o agente ingressa na fase da preparação. Como

o objetivo é punir aquele que manifesta vontade contrária ao direito, nem sempre deve o juiz atenuar a pena; b) *objetiva* (realística ou dualista): o objetivo da punição da tentativa volta-se ao perigo efetivo que o bem jurídico corre, o que somente se configura quando os atos executórios, de caráter unívoco, têm início, com idoneidade, para atingi-lo. É a teoria adotada pelo art. 14, II, do Código Penal brasileiro. Leva-se em consideração tanto o *desvalor da ação* quanto o *desvalor do resultado*. A redução da pena torna-se, então, obrigatória, uma vez que somente se poderia aplicar a pena igual à que seria cabível ao delito consumado se o bem jurídico se perdesse por completo – o que não ocorre na figura da tentativa. A subdivisão da teoria objetiva em formal, material e individual está exposta na nota 32 infra; c) *subjetivo-objetiva* (teoria da impressão): o fundamento da punição é representado pela junção da avaliação da vontade criminosa com um princípio de risco ao bem jurídico protegido. Nas palavras de Roxin, “a tentativa é punível, quando e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente ‘abaladora’; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida” (Resolução do fato e começo da execução na tentativa, *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 296). Como se leva em consideração a vontade criminosa e o abalo que a sua manifestação pode causar à sociedade, é faculdade do juiz reduzir a pena; d) *teoria sintomática*: preconizada pela Escola Positiva, entende que o fundamento de punição da tentativa concentra-se na análise da periculosidade do agente. Poder-se-ia punir os atos preparatórios, não se necessitando reduzir a pena, de caráter eminentemente preventivo.

30. Dolo e culpa na tentativa: não há tentativa de crime culposos, pois o agente não

persegue resultado algum. No contexto da culpa, o resultado típico atingido deve ser sempre involuntário (ver notas 35 ao art. 14 e 71-A ao art. 18 quanto à possibilidade de haver tentativa na culpa imprópria). Quanto ao dolo, no crime tentado, é exatamente o mesmo do delito consumado. Afinal, o que o agente almeja é atingir a consumação, em ambas as hipóteses, consistindo a diferença no fato de que, na tentativa, foi impedido por causas exteriores à sua vontade. Portanto, não existe “dolo de tentativa”. O crime tentado é subjetivamente perfeito e apenas objetivamente defeituoso. Na lição de Roxin, está presente o dolo “quando os motivos que pressionam ao cometimento do delito alcançaram preponderância sobre as representações inibitórias, embora possam ainda subsistir umas últimas dúvidas. Quem somente considera a possibilidade de cometer o crime, ou quem indeciso hesita, não está ainda resolvido. Para quem, no entanto, chegar ao estágio da execução com uma dominante vontade de cometer o crime, as dúvidas porventura ainda existentes não impedem a aceitação de uma resolução do fato e de uma tentativa, sendo, todavia, de valorar sempre como reserva de desistência...” (*Problemas fundamentais de direito penal*, p. 301). Por isso, inexistente diferença, no campo do dolo, entre crime tentado e consumado, já que a resolução é exatamente a mesma.

31. Conceito e divisão do *iter criminis*: trata-se do percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação. Divide-se em duas fases – interna e externa –, que se subdividem: a) *fase interna*, que ocorre na mente do agente, percorrendo, como regra, as seguintes etapas: a.1) *cogitação*: é o momento de ideação do delito, ou seja, quando o agente tem a idéia de praticar o crime; a.2) *deliberação*: trata-se do momento em que o agente pondera os prós e os contras da atividade criminosa idealizada; a.3) *resolução*: cuida do instan-

te em que o agente decide, efetivamente, praticar o delito. Tendo em vista que a *fase interna* não é exteriorizada, logicamente não é punida, pois *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seus pensamentos), conforme já proclamava Ulpiano (Digesto, lib. XLVIII, título 19, lei 18); b) *fase externa*, que ocorre no momento em que o agente exterioriza, através de atos, seu objetivo criminoso, subdividindo-se em: b.1) *manifestação*: é o momento em que o agente proclama a quem queira e possa ouvir a sua resolução. Embora não possa ser punida esta fase como tentativa do crime almejado, é possível tornar-se figura típica autônoma, como acontece com a concretização do delito de ameaça; b.2) *preparação*: é a fase de exteriorização da idéia do crime, através de atos que começam a materializar a perseguição ao alvo idealizado, configurando uma verdadeira ponte entre a fase interna e a execução. O agente ainda não ingressou nos atos executórios, daí por que não é punida a preparação no direito brasileiro (ver nota 29-A supra). Exemplo de Hungria, em relação aos atos preparatórios, não puníveis: “Tício, tendo recebido uma bofetada de Caio, corre a um armeiro, adquire um revólver, carrega-o com seis balas e volta, ato seguido, à procura do seu adversário, que, entretanto, por cautela ou casualmente, já não se acha no local da contenda; Tício, porém, não desistindo de encontrar Caio, vai postar-se, dissimulado, atrás de uma moita, junto ao caminho onde ele habitualmente passa, rumo de casa, e ali espera em vão pelo seu inimigo, que, desconfiado, tomou direção diversa. Não se pode conceber uma série de atos mais inequivocamente reveladores da intenção de matar, embora todos eles sejam meramente preparatórios” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 79). Outro exemplo, tratando do crime de estelionato: TJSP: “A mera *cogitatio* ou mesmo *atos preparatórios* (o

preenchimento do cheque) não se encartam no segmento do *iter criminis* suscetível de punição da tentativa” (Ap. 60.738-3, 1.^a C., rel. Marino Falcão, 28.03.1988, v. u., RT629/323, embora antigo, não se alterou essa orientação). Excepcionalmente, diante da relevância da conduta, o legislador pode criar um tipo especial, prevendo punição para a preparação de certos delitos, embora, nesses casos, exista autonomia do crime consumado. Exemplo: possuir substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante ou material destinado à sua fabricação (art. 253, CP) não deixa de ser a preparação para os crimes de explosão (art. 251, CP) ou de uso de gás tóxico (art. 252, CP), razão pela qual somente torna-se conduta punível pela existência de tipicidade incriminadora autônoma; b.3) *execução*: é a fase de realização da conduta designada pelo núcleo da figura típica, constituída, como regra, de atos idôneos e unívocos para chegar ao resultado, mas também daqueles que representarem atos imediatamente anteriores a estes, desde que se tenha certeza do plano concreto do autor (consultar, sobre a passagem da preparação para a execução, as teorias expostas na nota 32 abaixo). Exemplo: comprar um revólver para matar a vítima é apenas a preparação do crime de homicídio, embora dar tiros na direção do ofendido signifique atos idôneos para chegar ao núcleo da figura típica “matar”; b.4) *consumação*: é o momento de conclusão do delito, reunindo todos os elementos do tipo penal.

31-A. Exaurimento do crime: significa a produção de resultado lesivo a bem jurídico após o delito já estar consumado, ou seja, é o esgotamento da atividade criminosa, implicando em outros prejuízos além dos atingidos pela consumação. É o que ocorre no contexto dos crimes formais, quando atingem o resultado previsto no tipo – mas não obrigatório para a consumação. Exem-

plo disso: o recebimento do resgate (exaurimento) na extorsão mediante seqüestro, que se consuma após a realização da privação da liberdade da vítima. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, denomina-se também consumação material (*Da tentativa*, p. 26).

32. Passagem da preparação para a execução: não se trata de tema fácil e uniforme. Há, basicamente, *duas teorias* acerca do assunto: a) *subjetiva*: não existe tal passagem, pois o importante é a vontade criminosa, que está presente, de maneira nítida, tanto na preparação quanto na execução do crime. Ambas trazem punição ao agente; b) *objetiva*: o início da execução é, invariavelmente, constituído de atos que principiem a concretização do tipo penal. Trata-se da teoria adotada pelo Código Penal e sustentada pela doutrina pátria. Há, pois, maior segurança para o agente, que não será punido simplesmente pelo seu “querer”, salvo quando exteriorizado por atos que sejam próprios e adequados a provocar o evento típico, causando um perigo real ao bem jurídico protegido pela norma penal. Ainda assim, dentro da teoria objetiva, a doutrina se divide em várias correntes, embora haja o predomínio das seguintes: a) *teoria objetivo-formal*, preconizando que ato executório é aquele que “constitui uma parte real do fato incriminado pela lei” (Von Liszt, Birkmeyer), ou, nas palavras de Beling, atos executórios são os que fazem parte do núcleo do tipo (verbo) (cf. Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 83-84). Ainda no contexto da teoria objetivo-formal, pode-se destacar a *teoria da hostilidade ao bem jurídico*, sustentando ser ato executório aquele que *ataca* o bem jurídico, retirando-o do “estado de paz”. É a teoria adotada por Mayer e seguida por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 84). É a teoria que sustenta serem atos executórios apenas os idôneos e unívocos para atingir o resultado típico. Em

seu apoio, além de Hungria, estão Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 373-374) e Paulo José da Costa Junior (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 50); b) *teoria objetivo-material*, afirmando que atos executórios não são apenas os que realizam o núcleo do tipo ou atacam o bem jurídico, mas também aqueles imediatamente anteriores ao início da ação típica, valendo-se o juiz do critério do terceiro observador, para ter certeza da punição (cf. exposição de Zaffaroni e Pierangeli, *Da tentativa*, p. 56). É a teoria adotada pelo Código Penal português: art. 22.2 “São atos de execução: a) os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) os que forem idôneos a produzir o resultado típico; ou c) *os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores*” (grifo nosso); c) *teoria objetivo-individual*, defendendo que os atos executórios não são apenas os que dão início à ação típica, atacando o bem jurídico, mas também os praticados imediatamente antes, desde que se tenha prova do plano concreto do autor (Zaffaroni e Pierangeli, *ob. cit.*, p. 56). Logo, a diferença entre esta última teoria e a objetivo-material é que não se necessita do terceiro observador; ao contrário, deve-se buscar prova do plano concreto do agente, sem avaliação exterior. A primeira teoria – objetivo-formal, abrangendo a da hostilidade ao bem jurídico – predominava no Brasil, por ser, em tese, mais segura na averiguação da tentativa. Entretanto, as duas últimas vêm crescendo na prática dos tribunais, especialmente porque, com o aumento da criminalidade, têm servido melhor à análise dos casos concretos, garantindo punição a quem está em vias de atacar o bem jurídico, sendo desnecessário aguardar que tal se realize, desde que se tenha prova efetiva disso.

Exemplo sob a ótica das teorias: se alguém saca seu revólver, faz pontaria, pretendendo apertar o gatilho para matar outrem, somente seria ato executório o momento em que o primeiro tiro fosse disparado (sob o critério das teorias objetivo-formal e da hostilidade ao bem jurídico), tendo em vista que unicamente o disparo poderia *atacar* o bem jurídico (vida), retirando-o do seu *estado de paz*, ainda que errasse o alvo. Para as duas últimas teorias (objetivo-material e objetivo-individual), poderia ser o agente detido no momento em que apontasse a arma, com nítida intenção de matar, antes de apertar o gatilho, pois seria o momento imediatamente anterior ao disparo, que poderia ser fatal, consumando o delito. Não se trata de punir a mera *intenção* do agente, pois esta estaria consubstanciada em atos claros e evidentes de seu propósito, consistindo o instante de *apontar a arma* um autêntico momento executório, pois coloca em risco o bem jurídico (vida). Nessa ótica, confira-se a ilustração de Américo de Carvalho: “Já será agressão atual o gesto de A de agarrar o revólver, que tem à cinta – e não apenas o empunhar e apontar essa arma –, quando, no contexto da azeda troca de palavras entre A e B, nada indica que ele não irá utilizar, de fato, a arma contra B. Salvo circunstâncias concretas muito claras no sentido de que ele não dispararia, em hipótese alguma, a arma contra B (hipótese muito improvável e que ter-se-ia de provar), assistia a B um direito de legítima defesa que poderia, se necessário, conduzir à morte de A” (*A legítima defesa*, p. 272). Parece-nos a teoria objetivo-individual a mais acertada. Ademais, a teoria objetivo-formal é extremamente restritiva, pretendendo punir somente atos idôneos e unívocos para atingir o resultado, desprezando os imediatamente anteriores, igualmente perigosos ao bem jurídico, o que, de certo modo, significa aguardar em demasia o

percurso criminoso do agente. De todo o exposto, no entanto, deve-se ressaltar que qualquer teoria, à luz do caso concreto, pode ganhar contornos diferenciados, pois tudo depende das provas produzidas nos autos do inquérito (antes do oferecimento da denúncia ou queixa, voltando-se à formação da convicção do órgão acusatório) ou do processo (antes da sentença, tendo por fim a formação da convicção do julgador). Por isso, encontrar, precisamente, a passagem da preparação para a execução não é tarefa fácil, somente sendo passível de solução à vista da situação real. Confira-se caso real: “C.H.S., de 24 anos, foi o protagonista de um inusitado caso policial. Às 23 horas de anteontem, ele foi içado pelo guincho do Corpo de Bombeiros do interior da chaminé de uma padaria em Bauru, interior de São Paulo. Os policiais foram chamados pelos vizinhos, que ouviram gritos vindos do alto da padaria. Quando chegaram, encontraram o homem preso pelo tórax. Depois de retirado pelos bombeiros, S. foi levado ao pronto-socorro, onde tratou as escoriações. (...) O homem revelou que freqüentava a padaria e *decidiu furtá-la*, entrando pela chaminé, mas calculou mal. (...) O delegado M.G. indiciou S. por *tentativa de furto...*” (*Jornal da Tarde*, Caderno A, p. 7, 22.11.2006, grifos nossos). À luz da teoria objetivo-formal, o ato não passaria de uma preparação mal sucedida. Porém, levando-se em conta a teoria objetivo-individual, o ato imediatamente anterior à subtração (ingressar no estabelecimento comercial), associado ao plano concreto do autor (afirmou querer furtar bens do local), permitiu a sua prisão por *tentativa de furto*. Não se considerou, para análise, a teoria sintomática (leva-se em conta o grau de periculosidade do agente para efeito de aplicação de pena a crimes tentados), há muito superada pelos sistemas legislativos tanto do Brasil quanto de outros países.

32-A. Tentativa e dolo eventual: é perfeitamente admissível a coexistência da tentativa com o dolo eventual, embora seja de difícil comprovação no caso concreto. É a precisa lição de Nelson Hungria: “Se o agente *aquiesce* no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa”. E arremata, quanto à dificuldade probatória: “A dificuldade de prova não pode influir na conceituação da tentativa” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 90). Idênticos são os posicionamentos de Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 384) e Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Direito penal – Parte geral*, p. 238). Leciona, nesse sentido, Welzel: “Na tentativa o tipo objetivo não está completo. Ao contrário, o tipo subjetivo deve dar-se integralmente, e por certo do mesmo modo como tem que aparecer no delito consumado. Se, por isso, para a consumação é suficiente o dolo eventual, então também é suficiente para a tentativa” (*Derecho penal alemán*, p. 224). Em contrário, colha-se o magistério de Maia Gonçalves, comentando que não há tentativa no contexto do dolo eventual, porque o art. 22 do Código Penal português expressamente se refere à prática de atos de execução de um crime *que decidiu cometer*, logo, não pode o agente ter assumido o risco (*Código Penal anotado*, p. 131). Admite, no entanto, que o STJ português aceita a tentativa em caso de dolo eventual, pois nessa forma de dolo também existe *representação e vontade*, embora “enfraquecidas ou degradadas”. Em monografia sobre o tema, José de Faria Costa enumera três pontos fundamentais para rejeitar a possibilidade de haver tentativa no contexto do dolo eventual: a) na tentativa pressupõe-se uma “irrecusável e inequívoca *decisão* de querer praticar um crime”

(*Tentativa e dolo eventual*, p. 89), razão pela qual não se pode conceber que o agente *assuma* o risco de atingir o resultado como forma de compor o tipo penal tentado; b) nos casos de existência de “elemento subjetivo específico”, como ocorre no furto, é exigida uma vontade específica de ter para si a coisa subtraída e não há como praticar uma tentativa de furto com dolo eventual. Diz o autor: “O agente não pode ter uma intenção de uso e simultaneamente uma intenção de apropriação. São realidades que mesmo só ao nível psicológico se excluem mutuamente e que também penalmente não admitem acasalamento. O que pode suceder é o agente, para além do seu querer intencional de apropriação, duvidar quanto à propriedade do objeto de que se quer apoderar, considerando nessa perspectiva ser eventualmente possível o objeto ser seu, mas mesmo que assim não seja conformar-se-á com a produção do resultado. Resumindo: o agente nunca pode duvidar no ato intencional; pode, isso sim, é permitir que a dúvida se instale no seu espírito relativamente ao conteúdo de um elemento normativo mas, como nos parece de singular clareza, tal dúvida não pode bulir minimamente com o ato intencionado” (ob. cit., p. 91-92); c) o terceiro ponto de vista defende que a prática de atos idôneos para atingir o resultado – fator de destaque para o ingresso na fase executória do crime – não é possível de ser atingida no campo do dolo eventual. “O certo é que se o agente representa o resultado unicamente de modo eventual é manifesto que, pelo menos para o infrator, os atos que levariam ao fim desejado não podem ser tidos como idôneos. Pois, por mais plasticidade que se atribua ao conceito de idoneidade, este não se compadece com a dúvida que a representação como possível acarreta. Contudo, argumentar-se-á: estamos no domínio da pura objetividade, não tendo, por conseguinte, aqui, cabimento o apelo a

qualquer elemento do dolo, mesmo que da zona da pura cognoscibilidade” (ob. cit., p. 103). Menciona, ainda, que a impossibilidade de convivência entre tentativa e dolo eventual é a posição hoje predominante na doutrina italiana. Por todos, cita Mantovani: “Quem visando outros fins aceita, todavia, o risco de vir a verificar-se um delito, não representa e não quer os atos como diretos à produção do mesmo delito. O que quer dizer que só há delito tentado se o sujeito age com dolo intencional e que não é possível punir a tentativa com dolo eventual sem violar a proibição *in malam partem*” (ob. cit., p. 104). Para fortalecer sua tese, fornece o seguinte exemplo: “A quer incendiar uma casa mas representa como possível a morte de uma pessoa que aí vive, conformando-se, todavia, com esse resultado. Perante esta situação e pressuposto que a pessoa não morreu, os autores que advogam a compatibilidade entre o dolo eventual e a tentativa punem o agente da infração por crime de incêndio em concurso com tentativa de homicídio. Mas será isto razoável? Ou melhor: será isto dogmaticamente correto?” Respondendo, o autor diz que, caso o incêndio provocado fosse idôneo realmente para provocar o resultado morte, ainda assim o agente não poderia ser punido por tentativa de homicídio porque “a sua conformação é com o resultado, não se podendo daí concluir, como também já vimos, que aquela postura da consciência jurídico-normativa permite extrair que a conformação se estenda também à tentativa. Se B saiu ileso, não obstante a situação de real perigo a que esteve sujeito, perante este quadro subjetivo não há tentativa de homicídio” (ob. cit., p. 108-109). Em oposição a tais argumentos, podemos enumerar os seguintes: a) sustentar que a *decisão* para o cometimento do crime é o único móvel da tentativa, incompatível, pois, com o dolo eventual, tendo em vista representar este elemento subjetivo

apenas a assunção de um risco, não nos parece correta. Segundo a lei penal brasileira, configura-se a tentativa quando o agente deu início à execução de um crime que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, motivo pelo qual ele pode ingressar no estágio de execução movido pela assunção do risco e não necessariamente por uma vontade clara e direta de atingir o resultado. A partir do momento em que se encontra em plena fase executória, a interrupção, por ação de terceiros, leva à configuração da tentativa; b) para a realização completa do tipo, em nível subjetivo, exige-se que o dolo envolva todos os elementos objetivos. É possível, então, valendo-se do exemplo supra mencionado do furto, supor que o agente queira apoderar-se (“para si”) de determinado bem (“coisa móvel”), mas tenha dúvida quanto ao elemento normativo do tipo (“alheia”). O dolo eventual incidiria justamente nessa forma: assumir o risco de levar coisa alheia em lugar de coisa própria. Se for surpreendido nessa atividade, admitindo-se que exista prova suficiente desse seu querer, do risco de levar coisa alheia em lugar da sua e pertencendo o objeto subtraído realmente a terceiro, nada impediria a configuração de tentativa de furto. Afinal, o bem jurídico correu o risco de se perder do mesmo modo que aconteceria se o agente tivesse agido com dolo direto; c) não se trata de analogia *in malam partem* nem tampouco de incompatibilidade do querer do agente com o conhecimento da sua própria vontade em face da idoneidade dos meios utilizados. Busca-se, em verdade, transformar a mente humana em algo mais hermético do que efetivamente é. Há, em nosso entender, zonas cinzentas do querer, totalmente compatíveis com a previsão legal do dolo eventual. Em outras palavras, é perfeitamente viável a atuação do agente que, buscando determinado resultado, admite como possível a ocorrência de

outro, que, embora não desejado diretamente, é assimilado, acolhido, sufragado, ainda que camufladamente. O sujeito que desfere, por exemplo, vários tiros em uma delegacia de polícia, para aterrorizar a vizinhança e os policiais, buscando fragmentar o poder estatal, não quer, de forma direta, matar este ou aquele agente policial – aliás, pode nem saber se há algum no plantão –, mas, sem dúvida, *assume* o risco de fazê-lo. A representação do resultado *morte* passa-lhe na mente, ainda que como resultado secundário, admitido no íntimo, ou mesmo ignorado, quando não deveria sê-lo, o que permite a configuração de uma tentativa de homicídio caso o bem jurídico *vida* tenha efetivamente corrido risco. Ingressou na esfera executória (os tiros configuram atos idôneos para matar), estando esta indubitavelmente no âmbito do seu conhecimento, o que é mais do que suficiente para a concretização de uma tentativa, desde que haja a interrupção da trajetória por intervenção exterior à sua vontade. E frise-se: não interessa para a configuração da tentativa que a vontade seja direta, bastando que exista e haja previsão legal para a punição de um crime por dolo eventual. A solução almejada para o exemplo do incêndio, fornecido por José de Faria Costa, não é convincente. Deve o agente responder por crime de incêndio (houve dolo direto para causar perigo comum) e por tentativa de homicídio (houve a assunção do risco de matar alguém, que parecia estar dentro da casa). Assim, se realmente o incêndio era meio idôneo para matar e havia, de fato, pessoa na casa, o agente pode ser punido também por tentativa de homicídio, frisando-se que resposta em sentido contrário parece sinalizar para a existência de “dolo de tentativa” (querer tentar matar), o que a doutrina francamente já afastou. O autor do crime de incêndio queria certamente este resultado como sua meta principal, conformando-se, no entan-

to, que alguém morresse em razão disso. Eis aqui o dolo eventual e, saindo *B* ileso, por circunstâncias alheias ao querer do agente, é natural seja o incendiário punido pela tentativa de homicídio que concretizou. Na prática, temos encontrado situações em que é possível aplicar a tentativa nesse contexto. Imagine-se a hipótese daquele que ingressa em um bar, saca o revólver e começa a efetuar disparos a esmo, atingindo garrafas e móveis, enquanto pessoas se jogam ao chão, apavoradas. Advertido de que os disparos podem atingir alguém, o autor manifesta-se expressamente no sentido de que pouco lhe interessa o resultado e não vai cessar sua ação. Se for detido por terceiros, antes mesmo de atingir alguém com um tiro, pode ser processado por tentativa de homicídio, pois nítido foi seu desprezo pela vida, caracterizando o dolo eventual.

32-B. Tentativa e crime de ímpeto: o delito de ímpeto é caracterizado pelo acesso de fúria ou paixão, fazendo com que o agente, sem grande reflexão, resolva agredir outrem. Argumenta-se que o momento de cólera poderia retirar qualquer possibilidade de nítida identificação do *iter criminis*, isto é, poderia o agente, com sua atitude, em momento instantâneo, atingir o resultado, sem possibilidade de fracionamento dos atos executórios. O ímpeto de seu gesto inviabilizaria a tentativa, até porque ficaria impossível discernir quanto ao seu elemento subjetivo. Tudo não passa, no entanto, como já se demonstrou na nota anterior, cuidando do dolo eventual, de uma questão de prova. É bem possível que o sujeito, sacando seu revólver em um momento de fúria, dispare contra alguém, com vontade de matar, errando o alvo e sendo imediatamente seguro por terceiros. Teremos uma tentativa de homicídio ocorrida em crime de ímpeto. Alerta Hungria que “não se deve levar para a doutrina do dolo e da tentativa o que apenas representa a solução de uma dificuldade

prática no terreno da prova. A tentativa tanto pode existir nos crimes de ímpeto quanto nos crimes refletidos. É tudo uma questão de prova, posto que a indagação do *animus* não pode deixar de ser feita *ab externo*, diante das circunstâncias objetivas” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 89). Na realidade, pode haver dificuldade, em certas situações, para se detectar, por exemplo, quando se trata de lesão corporal consumada ou tentativa de homicídio, justamente porque o agente atuou inopinadamente, sem qualquer reflexão. Desejaria ele ferir ou matar? Essa dúvida, no entanto, não pode extirpar, no campo teórico, a viabilidade de existência da tentativa no caso de crime de ímpeto. Se persistir a incerteza, é melhor punir o agente por lesão corporal consumada em lugar da tentativa de homicídio, o que não significa que esta jamais possa existir. São também as posições de Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 385) e Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Direito penal – Parte geral*, p. 238).

33. Tentativa “branca” ou “incruenta”: é a tentativa sem haver derramamento de sangue, portanto, sem a ocorrência de lesões na vítima.

34. Significado da expressão “salvo disposição em contrário”: quando o legislador deseja, pune a tentativa com a mesma pena do crime consumado, embora, nessa situação, exista expressa previsão no tipo penal. Exemplo: “Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa” (art. 352, CP).

35. Infrações penais que não admitem a tentativa: a) *delitos culposos*, pois o resultado é sempre involuntário. Há quem a admita no caso de culpa imprópria (decorrente do erro – ver nota 71-A ao art. 18). Hungria menciona o seguinte exemplo: “Supondo que o ‘vigilante noturno’ é um

ladrão que me invade o quintal de casa, tomo de um revólver e, sem maior indagação, inconsideravelmente, faço repetidos disparos contra o policial, que, entretanto, escapa ileso ou fica apenas ferido. É inquestionável, em face do Código, que se apresenta uma *tentativa de homicídio culposo*” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 86); Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 376 e 383); Noronha (*Direito penal*, v. I, p. 129). Pensamos, no entanto, que tal solução não é a ideal. Se, no contexto do erro, prefere a lei a configuração do tipo culposo – e, neste, não há resultado desejado –, torna-se incompatível a figura da tentativa, devendo haver punição apenas pelo resultado efetivamente atingido. No exemplo de Hungria, o agente que ferir, por erro inescusável, o policial deve responder por lesão corporal culposa; b) *crimes preterdolosos* (havendo dolo na conduta antecedente e culpa na conseqüente, possuindo o mesmo bem jurídico protegido nas duas fases), pois se necessita do resultado mais grave para a constituição do tipo (ex.: lesão corporal seguida de morte); c) *crimes unissubsistentes*, pois são constituídos de ato único (ex.: ameaça verbal), não admitindo *iter criminis*; d) *crimes omissivos próprios*, pois o não fazer, descrito no tipo, também não admite fracionamento: ou o agente não faz a conduta devida, configurando o tipo, ou faz, constituindo conduta atípica; e) *delitos habituais próprios*, que são os que se configuram somente quando determinada conduta é reiterada, com habitualidade, pelo agente. Não pode admitir a figura tentada, uma vez que atos isolados são penalmente irrelevantes. Como defendemos: Noronha (*Direito penal*, v. I, p. 128); Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 377). Em sentido contrário, admitindo a tentativa: Mario Petrone, *Reato abituale*, p. 67; f) *contravenções penais*, pois a Lei das Contravenções Penais diz ser não punível a

tentativa (art. 4.º); g) *delitos condicionados*, pois submetidos, para a sua concretização, à superveniência de uma condição. Exemplo: o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP) somente se configura se houver lesão grave ou morte da vítima, de modo que não há possibilidade de haver tentativa; h) *crimes de atentado* (delitos de empreendimento), cuja tentativa é punida com pena autônoma ou igual à do crime consumado (vide exemplo já mencionado do art. 352 do Código Penal: “Evadir-se ou tentar evadir-se...”); i) *crimes permanentes na forma omissiva*, pois não há *iter criminis* possível de diferenciar a preparação da execução. Exemplo: quando um carcereiro recebe um alvará de soltura e decide não dar cumprimento, deixando preso o beneficiado, comete o delito de cárcere privado na modalidade omissiva, sem possibilidade de fracionamento; j) *crimes que punem somente os atos preparatórios*: quando o tipo penal é constituído de atos formadores da fase preparatória de outro delito, é natural que não admita tentativa, pois seria ilógico punir a “tentativa de dar início à preparação de outro delito”. Como já exposto, os atos preparatórios normalmente não são punidos, a menos que estejam expressamente previstos como tipos autônomos. E quando isso ocorre, é a exceção idealizada pelo legislador, que, por sua vez, não admite tentativa, ou seja, deixa-se fora do contexto penal a “exceção da exceção”. Exemplos: arts. 253 (fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante) e 277 (substância destinada à falsificação). No sentido que defendemos, conferir a lição de Roberto Reynoso D’Ávila: “quando a lei excepcionalmente erige em tipos delitivos condutas humanas que ontologicamente não são outra coisa que verdadeiros atos preparatórios ou de tentativa, é conceitualmente impossível ampliar a base típica

desses delitos, pois todos os atos anteriores aos que se refere dita base carecem de natureza executiva” (*Teoría general del delito*, p. 306). Permitimo-nos acrescentar outros argumentos. Quando atos preparatórios de um determinado crime são tipificados à parte, como exceção à regra do art. 14, II, do CP, não deve o delito admitir tentativa. Como exemplo já referido, mencionemos o art. 253 (fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante), que é preparação do crime previsto no art. 251 (explosão). Registre-se, no entanto, que ambos estão no mesmo capítulo, voltados à proteção do mesmo bem jurídico, que é a incolumidade pública. Por isso, a tentativa de prática do delito preparatório, excepcionalmente tipificado (como o art. 253), não pode comportar tentativa, que seria uma ampliação indevida, quase beirando a cogitação, esta, sim, sempre impunível. Por sua vez, há atos preparatórios de crimes que possuem tipicidade própria, totalmente independente do delito para o qual possam tender, constituindo, pois, crime completo. Estes admitem tentativa. Ex.: o crime de porte ilegal de arma, ainda que seja preparação para outro delito (homicídio, roubo etc.), pode comportar tentativa (embora, no exemplo ofertado, de difícil configuração). Em contrário, admitindo tentativa para os delitos que punem atos preparatórios: Zaffaroni e Pierangeli (*Da tentativa*, p. 15-16); l) *crimes cujo tipo penal é formado por condutas extremamente abrangentes*, impossibilitando, na prática, a existência de atos executórios dissociados da consumação. Exemplo disso é o crime de loteamento clandestino ou desautorizado: “Dar início, *de qualquer modo*, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente” (art. 50, I, Lei 6.766/79, grifo nosso). Nessa linha está o trabalho de Paulo Amador Thomas Alves

da Cunha Bueno (*O fato típico nos delitos da Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979*, p. 82). Mencione-se, ainda, a lição de David Teixeira de Azevedo, ao cuidar do delito de loteamento clandestino: “Retroage o legislador a tutela jurídica para momento anterior ao da realização mesma do loteamento, de modo a incriminar, nesta hipótese, o ato de início de execução como se crime consumado fora. O legislador equipara, neste tipo penal, os atos executórios primeiros de ‘dar início’ à modalidade consumada de ‘efetuar’ loteamento. É suficiente, por isso, ‘dar início’ a loteamento, ou seja, praticar atos direcionados à realização do loteamento, atos que por sua natureza e qualidade se insiram como execução preliminar do loteamento. Esses atos assim encaminhados como início de execução de um loteamento não de ser unívocos, reveladores da intencionalidade e materialmente mesmo capazes de corporificar ações hábeis à feitura do loteamento” (O crime de loteamento clandestino, *Atualidades no direito e processo penal*, p. 17).

36. Critério para a diminuição: o juiz deve levar em consideração apenas e tão-somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito. Não se leva em conta qualquer circunstância – objetiva ou subjetiva –, tais como crueldade no cometimento do delito ou péssimos antecedentes do agente. Trata-se de uma causa de diminuição obrigatória, tendo em vista que se leva em conta o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre diferente na tentativa se confrontado com o crime consumado. Criticando a punição mais branda da tentativa, confira-se a lição de Moniz de Aragão: “E essa doutrina absurda e imoral, repugnante aos sentimentos naturais de justiça e senso moral comum

dos homens honestos, está consignada nos dispositivos legais do nosso código criminal, modelado, como é, pelo espírito da Escola Clássica. Relativamente à punibilidade, já dissemos, o mesmo critério se observa: o crime consumado é punido com mais rigor do que a tentativa, não obstante em ambos os casos a intenção delitosa ser a mesma igualmente perversa” (*As três escolas penais – clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*, p. 134). Há, no entanto, exceção à regra da diminuição obrigatória da pena, prevista no ordenamento pátrio: “Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado” (art. 30, parágrafo único, do Código Penal Militar, com grifo nosso). Na jurisprudência: STJ: “A redução da pena de tentativa deve corresponder ao trecho do *iter criminis* percorrido pelo autor do fato criminoso. Integralmente percorrida a fase de execução pelo agente, não se verificando o resultado por circunstâncias alheias à sua vontade, a hipótese se aperfeiçoa à incidência da redução mínima prevista (um terço)” (HC 34.032/SP, 6.^a T., rel. Paulo Medina, 01.03.2005, v. u., DJ 18.04.2005, p. 395).

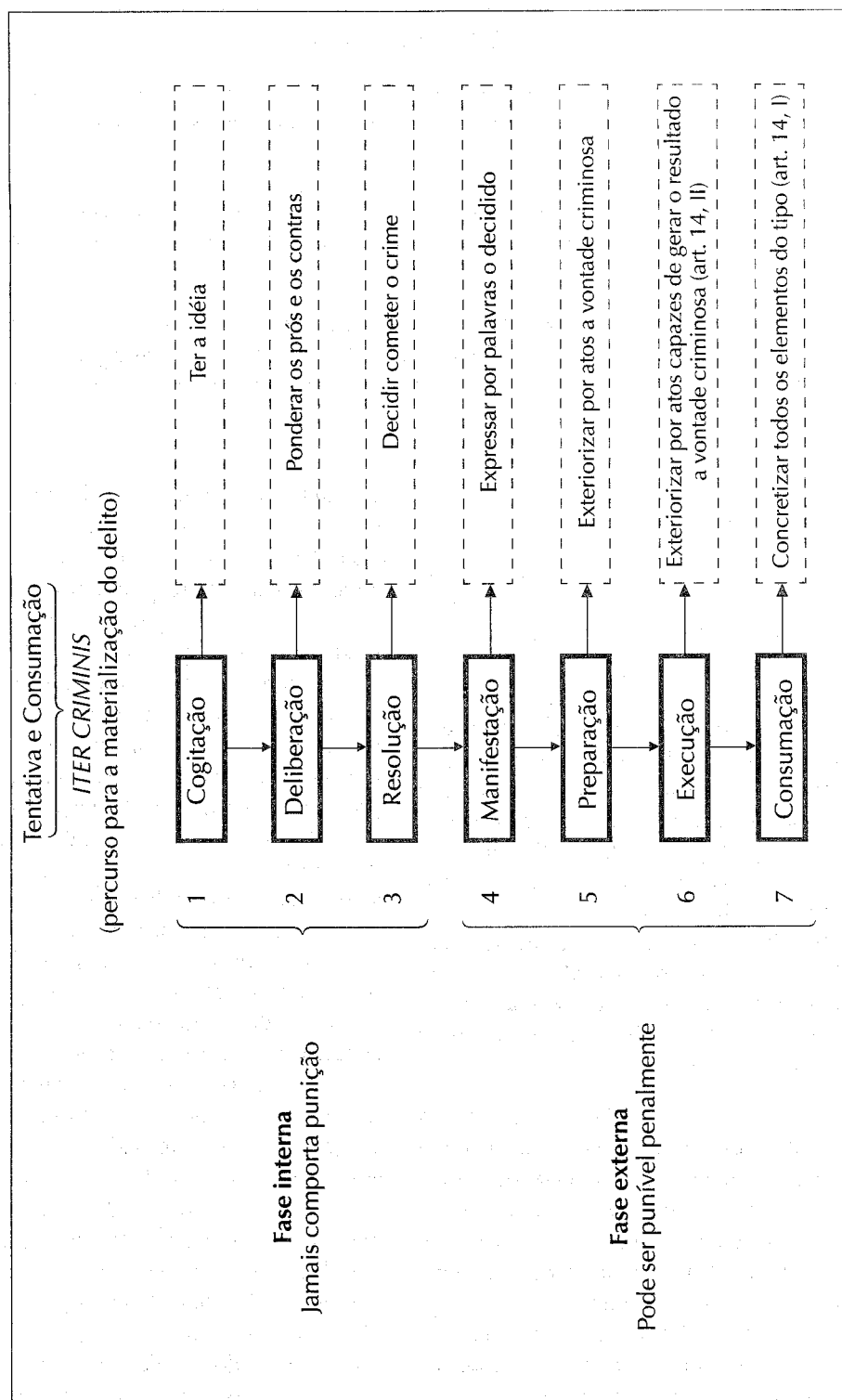
37. Distinção entre tentativa perfeita e tentativa imperfeita: a) *perfeita* (acabada, frustrada ou crime falho) é a hipótese que se configura quando o agente faz tudo o que pode para chegar à consumação do crime, mas não sobrevém o resultado típico. Exemplo: o agente desfere inúmeros tiros certos na vítima e, acreditando que morreu, afasta-se do local. Ocorre que, socorrido por terceiros, o ofendido se salva. Trata-se de tentativa que merece menor diminuição da pena; b) *imperfeita* (inacabada) é a situação gerada quando o agente, não conseguindo praticar tudo o que almejava para alcançar a consumação, é interrompido, de maneira

inequívoca e indesejada, por causas estranhas à sua vontade. Exemplo: pretendendo dar fim à vida da vítima a tiros, começa a descarregar sua arma, quando, antes de findar os atos executórios, pois crente que o ofendido ainda está vivo, é barrado pela ação de terceiros. Pode merecer diminuição maior da sua pena, pois a fase executória do *iter criminis*, nesse caso, pode ter apenas começado.

37-A. Diferença entre crime falho e tentativa falha: o primeiro é a denominada *tentativa perfeita* (vide nota 37 supra), enquanto o segundo é a tentativa que se constitui com base em impedimento íntimo do agente, que acredita não poder prosse-

guir na execução, embora pudesse. Note-se que, nesta hipótese, inexistente interferência de elemento externo, nascendo o bloqueio para a continuação do percurso criminoso na mente do próprio agente. Não se trata de desistência voluntária, pois esta demanda a cessação dos atos executórios por *vontade livre* do autor. Exemplo: o agente aponta arma para a vítima e terceiro o convence de que o revólver está descarregado. Ele abaixa a arma, convicto de que *falhou* o seu plano. Trata-se de tentativa e não de desistência voluntária. O agente não vê outra alternativa a não ser baixar a arma (Roxin, *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 339).

TENTATIVA E CONSUMAÇÃO



NOTAS RELEVANTES

1. A manifestação só pode ser punida como crime autônomo, se houver tipo específico (Ex.: ameaça – art. 147), mas nunca como tentativa de um crime.
2. A preparação só pode, igualmente, ser punida como crime autônomo, se houver tipo específico (Ex.: art. 253, que é o preparo para a concretização do art. 251).
3. A *execução* tem relevo para punição como tentativa (se o resultado não é atingido) ou como delito consumado (se o resultado é atingido).

**Desistência voluntária³⁸⁻³⁹ e
arrependimento eficaz^{40-40-A}**

Art. 15. O agente que, voluntariamente,^{41-42-A} desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.^{43-43-A}

38. Conceito de desistência voluntária: trata-se da desistência no prosseguimento dos atos executórios do crime, feita de modo voluntário, respondendo o agente somente pelo que já praticou. “O abandono é voluntário quando ocorre independentemente de impedimentos obrigatórios; é voluntário quando o autor diz a si mesmo: não quero mas posso; não voluntário, quando diz a si mesmo: não posso mas quero” (cf. Frank, citado por Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 235).

39. Natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz: há pelo menos três correntes debatendo o tema: a) *causa de exclusão da tipicidade* (Frederico Marques, Heleno Fragoso, Basileu Garcia): o tipo penal da tentativa é formado com a utilização do art. 14, inciso II, do Código Penal, que prevê o início da execução e a não consumação por circunstâncias *alheias* à vontade do agente. Daí por que, se a de-

sistência for voluntária, não há que se falar em causa *alheia* à vontade, afastando-se a tipicidade da conduta. O agente, segundo a regra do art. 15, responde somente pelo que já praticou. Exemplo: se estava tentando matar A e desiste, já tendo alvejado a vítima, responderá unicamente pelas lesões corporais causadas. Nas palavras de Frederico Marques: “Não tem sentido dizer que a tentativa já foi perpetrada e por isso não pode haver efeito *extunc* do arrependimento ou da desistência. (...) Os atos de execução, quando o delito não se consuma, de per si, são atividade atípica. Não fosse a norma de extensão sobre o *conatus*, e todo o processo executivo, em tais casos, seria irrelevante para o Direito Penal. Ora, se do próprio conteúdo dessa norma, que possibilita a adequação típica indireta, tira-se a ilação de que a tentativa só existirá se a consumação não ocorrer por motivos alheios à vontade do agente, é mais que evidente que não há adequação típica quando a não consumação decorre de ato voluntário do autor dos atos executivos do delito” (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 387); b) *causa de exclusão da culpabilidade* (Welzel, Roxin): tendo em vista que o agente desistiu de prosseguir no crime idealizado, não deve mais sofrer juízo de reprovação social, resultando no afasta-

mento da sua culpabilidade quanto ao delito principal, porém respondendo pelo que já concretizou; c) *causa pessoal de exclusão da punibilidade* (Zaffaroni, Pierangeli, Roberto Reynoso D'Ávila, Aníbal Bruno, Paulo José da Costa Jr., Magalhães Noronha, Hungria): afasta-se, no caso, a punibilidade do agente, mas não a tipicidade ou a culpabilidade. Se o agente, exemplificando, estava atirando contra A para matá-lo, cada tiro que desferia e errava, por si só, configurava uma tentativa de homicídio, de modo que, ao cessar os atos executórios, afasta a possibilidade de ser punido, embora não se possa apagar uma tipicidade já existente. Trata-se de um *prêmio* pela desistência do agente. Não se pode suprimir retroativamente a tipicidade. Explicam Zaffaroni e Pierangeli: “A principal objeção que se pode formular contra o argumento daqueles que pretendem ver na desistência uma atipicidade, seja objetiva, seja subjetiva, encontra-se na impossibilidade de ter a desistência a virtualidade e tornar atípica uma conduta que antes era típica. Se o começo de execução é objetivo e subjetivamente típico, não se compreende como um ato posterior possa eliminar o que já se apresentou como proibido, situação que muito se assemelha à do consentimento subsequente” (*Da tentativa*, p. 87). Esta última corrente é, em nosso entender, a mais adequada. Aliás, a opção pela excludente pessoal de punibilidade produz reflexos concretos, como ocorre no contexto do concurso de pessoas. Imagine-se a hipótese de um homicídio encomendado. O mandante efetua o pagamento, embora, no momento da execução, o agente-executor desiste voluntariamente de prosseguir. Assim, não responderia este por tentativa de homicídio, mas somente pelo que já praticou, enquanto o mandante, que não desistiu de prosseguir, seria punido por tentativa de homicídio. Em idêntica visão: Welzel (*Derecho penal alemán*, p. 235).

40. Conceito de arrependimento

eficaz: trata-se da desistência que ocorre entre o término dos atos executórios e a consumação. O agente, nesse caso, já fez tudo o que podia para atingir o resultado, mas resolve interferir para evitar a sua concretização. Exemplo: o autor ministra veneno a B; os atos executórios estão concluídos; se nada fizer para impedir o resultado, a vítima morrerá. Por isso, o autor deve agir, aplicando o antídoto para fazer cessar os efeitos do que ele mesmo causou.

40-A. Eficácia do arrependimento:

exige a norma do art. 15 que o arrependimento do agente seja realmente *eficaz*, ou seja, capaz de impedir o resultado. Não se aplica o benefício previsto neste artigo caso o autor dos atos executórios, embora arrependido, não consiga evitar que o resultado se produza, por qualquer causa. Exemplificando: se o agente dá veneno, pretendendo matar a vítima, mas, antes que esta morra, arrepende-se e resolve administrar o antídoto; caso o ofendido não se salve (seja porque o antídoto falhou ou mesmo porque a vítima não quis ingeri-lo), responderá por homicídio consumado. Confira-se a lição de Magalhães Noronha: “A responsabilidade perdura, a nosso ver, mesmo que outra causa concorra. Ainda na hipótese em questão, se, apresentado o antídoto, a vítima recusar-se a tomá-lo, por achar-se desgostosa da vida e querer consumir seus dias, não há isenção de pena ao agente, pois seu arrependimento *não teve eficácia*. A recusa da vítima não rompe o nexo causal entre a ministração do tóxico e a morte (por mais miraculosa fosse essa vontade, não teria o condão de fazer *aparecer veneno* nas vísceras do sujeito passivo). Por outro lado, é patente ser essa vontade uma *concausa* (não ter observado o regime médico-higiênico reclamado por seu estado)” (*Direito penal*, v. 1, p. 131).

41. Voluntariedade e espontaneidade: no contexto do direito penal, há diferença entre *voluntário* e *espontâneo*. Agir voluntariamente significa atuar *livremente*, sem qualquer coação. Agir *espontaneamente* quer dizer uma vontade *sincera*, fruto do mais íntimo desejo do agente. No caso da desistência e do arrependimento eficaz, exige-se apenas *voluntariedade*, mas não *espontaneidade*. Se o agente deixar de prosseguir na trajetória criminosa porque se *arrependeu* do que vinha fazendo, terá agido de modo voluntário e espontâneo, embora não seja necessário este último requisito para configurar a excludente.

42. Desistência momentânea: é consistente para determinar a desistência voluntária, pois houve *voluntariedade* na conduta, embora possa não haver espontaneidade. Se o agente desistir de prosseguir na execução do delito, porque achou que o momento era inconveniente, pretendendo continuar em outra época, deve ser beneficiado pela excludente. É o pensamento majoritário. Na lição de Hungria: “Mesmo no caso em que o agente desiste da atividade executiva com o desígnio de repeti-la em outra ocasião (desistência da consumação, sem abandono total do propósito criminoso), há desistência voluntária” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 98). Há diferença, no entanto, entre *adiamento* da execução e *pausa* na execução, isto é, quando o agente suspende a execução, aguardando momento mais propício para concluir o delito, com nítida proximidade de nexo temporal. Ex.: espera o ladrão, que havia iniciado o arrombamento de uma janela, a passagem do vigia noturno pela rua, a fim de dar prosseguimento no intento de praticar o furto. Se for surpreendido, durante a *pausa*, haverá tentativa de furto. Em contrário, não aceitando a hipótese de desistência momentânea, ressalte-se da posição de Costa e Silva: “Não existe desistência, quando o agente suspende a

execução com o pensamento de continuá-la depois, em ocasião propícia. Assim também quando deixa apenas de repetir o ato. A desfecha em B com o intuito de matá-lo, um tiro de seu revólver. A bala não fere o alvo: perde-se no espaço. Dispondo ainda de mais projéteis em sua arma, deixa A de deflagrá-los. Segundo algumas opiniões, há na hipótese uma desistência, que torna a tentativa impunível. Temos como mais jurídica a solução contrária. O tiro que falhou representa uma tentativa perfeita ou acabada. A inação, consistente na abstenção de novos tiros, não corresponde à exigência legal de voluntário impedimento do resultado. Nem *de lege ferenda* as aludidas opiniões se justificam. Elas criam uma situação de favor para o indivíduo que cautelosamente carrega todo o cilindro de seu revólver. O que dispõe só de uma bala, incorre em tentativa punível. O que dispõe de várias, não. É palpável o absurdo” (*Código Penal*, p. 92-93).

42-A. O problema da execução retomada: cuida-se da hipótese de pretender o autor realizar o crime através de um determinado método, considerado infalível. Este, no entanto, não dá certo. Ele poderia prosseguir de maneira diversa, retomando a execução, mas *renuncia* à continuidade. Para parte da doutrina, cuida-se da denominada tentativa falha, devendo haver punição. Estaria inserido o agente na denominada *teoria do ato isolado*, ou seja, cada ato parcial que, antes da execução, o agente considerava suficiente para atingir o resultado serve para fundamentar uma tentativa acabada e falha, caso não venha a atingir o seu fim. Mas, para outros, com os quais concordamos, trata-se de desistência voluntária. Roxin, nessa ótica, diz que posicionamento contrário, além de caminhar em sentido oposto ao da lei, não convence sob o ponto de vista da política

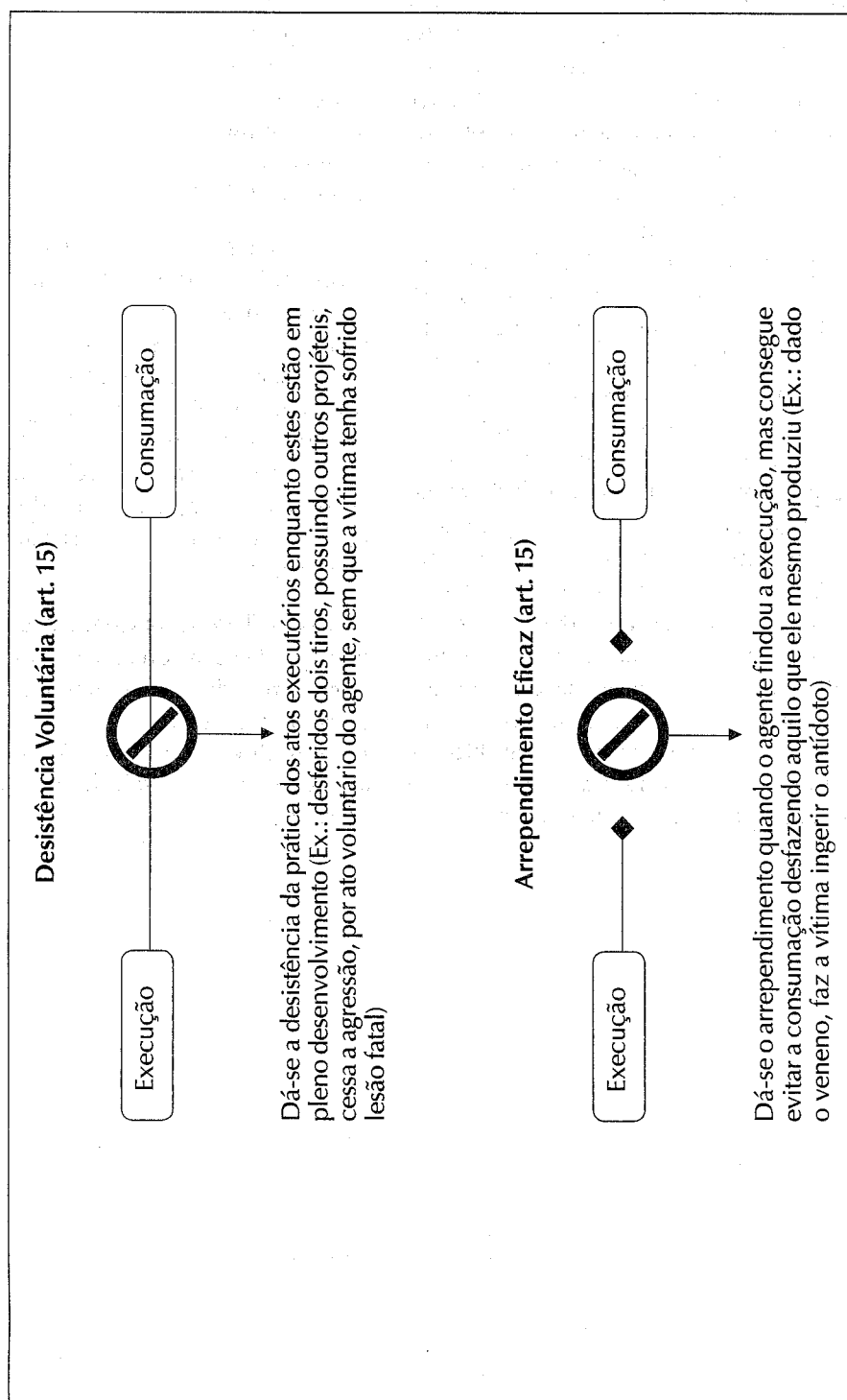
criminal de *premiar* aquele que, de uma forma ou de outra, desde que fruto da sua vontade, cesse os atos executórios antes da consumação (*Problemas de direito penal*, p. 356-357). Afinal, completa ele, não se pode aceitar uma teoria cuja consequência seria, no caso de tentativa de homicídio, tornar a morte da vítima mais vantajosa do que poupá-la, pois há a possibilidade de ficar impune, caso o crime se consume (ob. cit., p. 359). E criticando aqueles que sustentam a punibilidade da conduta do agente, no caso da execução retomada, conferir o magistério de Zaffaroni e Pierangeli: “Se, durante a execução, o autor se cientificar de que a força é insuficiente e decidir pelo emprego de uma força maior do que aquela que, em princípio, pensava usar, nada fará mais do que seguir em frente com a mesma tentativa. Nenhuma importância terá o fato de o agente decidir matar com um único golpe e, comprovando não ser ele suficiente para produzir a morte, desferir-lhe mais cinco, com os quais consegue o seu objetivo, porquanto não haverá, em tal hipótese, um concurso de tentativa de homicídio com

homicídio consumado. (...) Sendo assim, não vemos por que razão se há de considerar que a tentativa está fracassada quando o agente pode lograr o seu objetivo mediante uma variação não significativa do plano original, modificando a forma de execução do delito” (*Da tentativa*, p. 93-94).

43. Diferença entre desistência ou arrependimento e tentativa: nas duas primeiras hipóteses, o agente, voluntariamente, não mais deseja chegar ao resultado, cessando a sua atividade executória (desistência voluntária) ou agindo para impedir a consumação (arrependimento eficaz), enquanto na terceira hipótese o agente quer atingir o resultado, embora seja impedido por fatores estranhos à sua vontade.

43-A. Tentativa qualificada: são os fatos puníveis já consumados quando há a desistência de prosseguir na execução do crime ou ocorre arrependimento eficaz (cf. Roberto Reynoso D’Ávila, *Teoría general del delito*, p. 313; Welzel, *Derecho penal alemán*, p. 235).

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ



Arrependimento posterior⁴⁴⁻⁴⁵

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa,^{46-46-A} reparado o dano ou restituída a coisa,^{47-47-C} até o recebimento da denúncia ou da queixa,⁴⁸ por ato voluntário⁴⁹ do agente, a pena será reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).⁵⁰⁻⁵²

44. Conceito de arrependimento posterior: trata-se da reparação do dano causado ou da restituição da coisa subtraída nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa. Chama-se “posterior” para diferenciá-lo do eficaz. Quer dizer que ocorre *posteriormente* à consumação do delito.

45. Natureza jurídica do arrependimento posterior: é causa pessoal de redução da pena, que pode variar de um a dois terços. Aliás, sua inserção pelo legislador no contexto da teoria do crime foi indevida, merecendo situar-se no capítulo pertinente à aplicação da pena.

46. Ausência de violência ou grave ameaça: trata-se de requisito indispensável para a aplicação do benefício, embora se devesse, em futura modificação da lei penal, ampliá-lo para qualquer delito que produza efeito patrimonial, *independentemente* de ter sido praticado com violência ou grave ameaça. Ao roubo, cometido com grave ameaça ou lesão leve, por exemplo, cujo agente, arrependido do que fez, procure a vítima ou a polícia, devolvendo, integralmente, a coisa subtraída, bem como pagando qualquer dano remanescente, deveria ser efetivada a causa de diminuição da pena. Não se privilegiam, no direito penal pátrio, de maneira eficiente, as formas de arrependimento do autor. Se, por um lado, quer-se que a pena sirva – e é a concepção mais difundida atualmente – de instrumento para a reeducação, quando se vislumbra

uma forma real de arrependimento, significando uma natural reeducação, não se dá valor. Note-se a mesma incongruência com a *confissão espontânea*, mera atenuante e não uma causa de diminuição que permita aplicar a pena abaixo do mínimo legal. Há que se alterar esse quadro, permitindo que o agente possa dar mostra de seu arrependimento, recebendo efetivo benefício por isso. Confira-se no artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo* (20.05.1999): “Marcelo dos Santos, 28, perdeu o emprego há um ano e meio, depois de trabalhar dez anos como vendedor de autopeças em Bauru. No final de abril, sem dinheiro para pagar o aluguel atrasado da casa onde moram a ex-mulher e o filho, ele assaltou uma lotérica, depois de mais uma manhã em busca de uma vaga. Levou R\$ 279 em dinheiro, usando um acendedor de fogão em forma de revólver. Arrependido, no último sábado, ele procurou a polícia, confessou o crime e disse que quer trabalhar para devolver o valor roubado”. A ele, no entanto, não se pode aplicar o arrependimento posterior.

46-A. Violência culposa, violência presumida e violência imprópria: é admissível a aplicação da causa de redução de pena, caso o delito, produzindo efeitos patrimoniais, tenha sido praticado com violência culposa. Assim é a hipótese de haver lesões culposas – afinal, o resultado lesivo não foi, de forma alguma, desejado pelo agente. Ensina Dante Busana: “O arrependimento posterior (art. 16, CP) alcança também os crimes não patrimoniais em que a devolução da coisa ou o ressarcimento do dano seja possível, ainda que culposos e contra a pessoa. Neste último caso, a violência que atinge o sujeito passivo não é querida pelo agente, o que impede afirmar tenha sido o delito *cometido*, isto é, praticado, realizado, perpetrado, *com violência*, pois esta aparece no resultado e não na conduta” (cf. Waléria Garcelan Loma Garcia, *Arrependimento*

posterior, p. 105). No caso de violência presumida, já que os casos retratados em lei demonstram ser a violência fruto da inibição da vontade da vítima, não há possibilidade de aplicação da redução do arrependimento posterior. Aliás, acrescenta-se que o universo dos crimes onde se fala em violência presumida é composto por delitos dolosos, cuja violência contra a pessoa, ainda que na forma ficta, termina ocorrendo como decorrência natural da vontade do agente – diferentemente da violência culposa, que é involuntária –, bem como são eles crimes não-patrimoniais e sem efeitos patrimoniais (vide o campo dos delitos contra a liberdade sexual), logo incabível qualquer reparação do dano. E ressaltemos, ainda, que a violência presumida é uma forma de violência própria, isto é, presume-se que a vítima, não podendo consentir validamente, foi fisicamente forçada. A denominada violência imprópria – forma de redução da capacidade de resistência da vítima por meios indiretos, como ministrando droga para sedar quem se pretende roubar – também não autoriza a aplicação do benefício do arrependimento posterior. Na essência, adjetivar a violência como *imprópria*, em nosso entendimento, não é correto. Quando alguém reduz a capacidade de resistência da vítima por meios físicos indiretos, encaixa-se justamente na hipótese prevista no art. 224, *c*, do CP (“não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”). É violência contra a pessoa, tanto quanto a física exercida de maneira direta. Tanto é verdade o que se sustenta que a utilização da denominada violência imprópria provoca o surgimento do roubo e não do furto, em caso de subtração por tal meio. Logo, é crime violento. Ver ainda as notas 6 e 7 ao art. 157, 73-A ao art. 44, e 12 ao art. 224.

47. Condição da reparação do dano ou da restituição da coisa: deve ser feita

de modo integral. Sendo parcial, não se pode aplicar o benefício ao agente. Entretanto, é preciso ressaltar que a verificação da completude do reparo ou da restituição deve ficar a cargo da vítima, salvo em casos excepcionais. Exemplificando: se o agente furta o veículo do ofendido, devolvendo-o sem as calotas, é possível que a vítima se dê por satisfeita, podendo-se considerar concretizado o arrependimento posterior. Entretanto, se o agente devolvesse somente os pneus do veículo, ainda que a vítima concordasse, seria uma forma de burlar o texto legal, não o aceitando o juiz. Adotando posicionamento diverso, Paulo José da Costa Jr. diz que é possível que a reparação do dano não seja integral, correspondendo, então, a uma menor diminuição da pena do que ocorreria se fosse completa (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 61). Assim também é o magistério de Waléria Garcelan Loma Garcia, sustentando que a reparação não precisa ser completa para haver a incidência do art. 16, pois, se assim fosse, também não poderia incidir a atenuante do art. 65, tendo em vista que os fundamentos são os mesmos (*Arrependimento posterior*, p. 89). Não nos parece que deva haver esse padrão de comparação entre a causa de diminuição de pena do art. 16 e a atenuante do art. 65, até porque esta última menciona não somente a reparação do dano, mas também a possibilidade de o agente “evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências”, o que permitiria, então, falar em reparação parcial do dano.

47-A. Necessidade de existência de efeito patrimonial: a causa de diminuição de pena prevista neste artigo exige, para sua aplicação, que o crime seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais. Afinal, somente desse modo seria sustentável falar em *reparação do dano* ou *restituição da coisa*. Em uma hipótese de homicídio, por exemplo, não teria o menor cabimento aplicar o ar-

repentimento posterior, uma vez que não há nada que possa ser restituído ou reparado. No furto, ao contrário, caso o agente devolva a coisa subtraída ou pague à vítima indenização correspondente ao seu valor, torna-se viável a diminuição da pena. Não descartamos, por certo, outras hipóteses que não sejam crimes patrimoniais, como ocorreria com o peculato doloso. Em caso de restituição da coisa ou reparação total do dano, parece-nos viável a aplicação da redução da pena. Em sentido contrário, ensina Waléria Garcelan Loma Garcia: “Acatando a orientação de que o dispositivo aplica-se a qualquer espécie de crime, ausente a violência e a grave ameaça contra a pessoa, não podem ser afastados aqueles delitos que ensejam unicamente um dano não patrimonial e um dano moral. Assim, o crime de sedução [quando era considerado crime], os crimes contra a honra, contra a inviolabilidade de correspondência, contra a inviolabilidade dos segredos, contra a propriedade imaterial, contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos etc. Certo que em alguns desses crimes coexistem danos patrimoniais, não patrimoniais e morais. Trata-se de um benefício legal, e ao intérprete não compete restringir o sentido ou alcance do dispositivo em prejuízo do agente, resultando, assim, somente enfrentar e dirimir as questões da aferição do dano e a forma de sua reparação” (*Arrependimento posterior*, p. 85). Permitimo-nos discordar dessa posição, destacando que, em alguns dos exemplos citados, torna-se até mesmo impossível não somente mensurar o dano (violação de sepultura ou perturbação de cerimônia religiosa, entre outros), mas, sobretudo, identificar a vítima, isto é, a pessoa destinatária da indenização.

47-B. Reparação do dano moral: não cremos que seja sustentável a aplicação da redução da pena caso o agente busque re-

parar apenas o dano moral provocado pelo crime. Em primeiro lugar, o dano moral é de mensuração totalmente imprecisa, nem mesmo havendo lei expressa para dispor sobre seu montante. Em segundo plano, destaquemos o fato de que há lesões que não podem comportar qualquer tipo de reparação, pelo menos que contem com benefícios penais, como ocorre com o homicídio. A vida humana não tem preço para que possa comportar reparação. Embora familiares do morto possam requerer, na esfera cível, indenização por danos morais, tal situação não deve servir de parâmetro para a aplicação da diminuição da pena. Em terceiro lugar, justamente porque a mensuração do dano moral é complexa e controversa, pode levar muito tempo até que haja uma decisão judicial definitiva sobre o tema. E antes disso, certamente, o processo criminal já deverá ter iniciado – sob pena de prescrição –, afastando a possibilidade de aplicação da causa de redução da pena. Permitir que o agente pague à vítima ou aos seus familiares (em caso de dano moral) qualquer quantia seria ainda pior, pois não se estaria verificando, concretamente, se houve reparação total do dano. O juiz não pode aceitar qualquer tipo de pagamento, pois, se o fizesse, estaria maltratando a norma penal. Em contrário, aceitando o dano moral para o fim de aplicar a diminuição da pena: Waléria Garcelan Loma Garcia (*Arrependimento posterior*, p. 81).

47-C. Negativa da vítima em receber a indenização ou a coisa: pode ocorrer a hipótese de o ofendido recusar-se a receber a coisa subtraída ou a correspondente reparação do dano, por variadas razões, dentre as quais destaque-se o desejo de prejudicar o agente. Nesse caso, parece-nos sensata a possibilidade de utilização da ação de consignação em pagamento para desonerá-lo. Assim que o juiz autorizar o depósito,

pode-se juntar prova no inquérito, antes do recebimento da denúncia ou queixa, como exige o art. 16, e estará configurada a possibilidade de haver redução da pena em virtude do advento do arrependimento posterior. Em certos casos, não é preciso ingressar com a consignação, pois, em se tratando de devolução da coisa furtada, por exemplo, pode-se entregá-la diretamente à autoridade policial, que mandará lavrar o auto de apreensão, para posterior restituição à vítima.

48. Reparação ou restituição após a denúncia ou queixa: aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do Código Penal.

49. Voluntariedade e não espontaneidade: nesse caso, como já se viu, há necessidade de uma reparação ou restituição feita livremente pelo agente, mas não significando que, de fato, está arrependido pelo que fez, ou seja, não se exige espontaneidade. Em idêntica posição, separando o ato voluntário do espontâneo, encontra-se a lição de Waléria Garcia ao definir este último: "... reveste-se da qualidade de arrependimento; é um ato que nasce unicamente da vontade do agente (autodeterminação), sem qualquer interferência externa na idéia inicial" (*Arrependimento posterior*, p. 93). Justamente para evidenciar o requisito da voluntariedade é que se exige seja a devolução ou reparação feita *pessoalmente* pelo agente. Se for por interposta pessoa, é preciso uma razão comprovada, pois pode não representar uma restituição voluntária. Imagine-se a mãe do autor do furto que, por sua conta, resolva, sem que o filho saiba, devolver a coisa subtraída. É natural não ter havido, no caso, "ato voluntário do agente". Entretanto, se o filho estiver hospitalizado, por algum razão, poderá valer-se de terceiro para proceder à reparação do dano ou restituição da coisa.

50. Critérios para a diminuição: devem-se levar em consideração dois fatores: a) espontaneidade do agente; b) celeridade na devolução. Quanto mais sincera e rápida for a restituição ou reparação, maior será a diminuição operada.

51. Análise da Súmula 554 do STF ("O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal"): a consequência extraída da Súmula é que o pagamento do cheque sem fundo *antes* do recebimento da denúncia tem força para obstruir a ação penal. Há uma combinação com a Súmula 246 do mesmo tribunal ("Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos"). Com o advento da Reforma Penal de 1984, introduzindo-se o arrependimento posterior, passou grande parte da doutrina a sustentar que já não tinha aplicação a Súmula 554, embora os tribunais não tenham acolhido tal proposição, sob o argumento de não se tratar de causa de arrependimento posterior, mas sim de falta de justa causa para a ação penal, por inexistência do ânimo de fraude. Nesse sentido: "O ressarcimento do prejuízo, antes do oferecimento da denúncia, extingue a punibilidade em crimes de estelionato na modalidade de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos (CP, art. 171, § 2.º, VI). Aplicação das Súmulas 246 e 554/STF" (STJ, HC 8.929-SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 05.08.1999, v. u., DJ 13.09.1999, p. 78). E também: "Em sede de estelionato, *salvo a hipótese de pagamento por meio de cheque sem provisão de fundos* (§ 2.º, VI), o ressarcimento do dano antes do recebimento da denúncia não é causa de extinção da punibilidade, impondo-se, apenas, fazer incidir a causa obrigatória de diminuição de pena do art. 16, do Código Penal" (STJ, HC 7.578/PE, 6.ª T., rel. Vicente

Leal, 01.06.1999, v. u., *DJ* 28.06.1999, p. 152, grifo nosso). Em nosso entendimento, correta está a posição que sustenta ser caso de arrependimento posterior o pagamento de cheque sem fundos, dado com ânimo de fraudar, antes do recebimento da denúncia ou da queixa. Embora os Tribunais Superiores venham aplicando as Súmulas 554 e 246, observa-se que esta última é inútil, pois é certo que para todas as hipóteses de estelionato é indispensável haver o elemento subjetivo do tipo específico, que é a vontade de fraudar, motivo pelo qual a Súmula apenas declara o óbvio. Por outro lado, quanto à Súmula 554, nota-se que ela é aplicada indistintamente, ou seja, para qualquer situação de pagamento de cheque dado sem provisão de fundos, ainda que tenha havido a intenção de fraude. Tal postura está equivocada, pois o crime de estelionato já se encontrava aperfeiçoado e, no máximo, dever-se-ia aplicar a causa de redução da pena, mas não impedir que o órgão acusatório proponha a ação penal, que é pública incondicionada. Correta a análise e a conclusão de Waléria Garcia nesse sentido: “Com as Súmulas 246 e 554, ou sem elas, haverá crime de estelionato se houver fraude, e não haverá crime quando ausente a fraude. Isto é de lei. Referidas súmulas, invocadas e aplicadas de forma distorcida, estão trazendo o descrédito ao Poder Judiciário, representando, a deturpação da idéia originária do Direito Sumular, uma séria ameaça ao Direito” (*Arrependimento posterior*, p. 143).

52. Incomunicabilidade da causa de diminuição da pena no concurso de pessoas: sendo causa pessoal de diminuição da pena, parece-nos que a devolução da coisa ou a reparação do dano precisa ser voluntariamente praticada por todos os co-autores e partícipes para que obtenham o favor legal. Assim, o arrependimento de

um não serve para beneficiar os demais. Em contrário: STJ: “A reparação do dano não se restringe à esfera pessoal de quem a realiza, desde que a faça voluntariamente, sendo, portanto, nestas condições, circunstância objetiva, estendendo-se, assim, aos co-autores e partícipes. Precedente (HC 4147/SP)” (REsp 122.760-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 07.12.1999, v. u., *DJ* 21.02.2000, p. 148).

Crime impossível⁵³⁻⁵⁴

Art. 17. Não se pune⁵⁵ a tentativa^{56-56-A} quando, por ineficácia absoluta do meio⁵⁷ ou por absoluta imprópriedade do objeto,^{58-58-A} é impossível consumar-se o crime.^{59-59-C}

53. Conceito de crime impossível (tentativa inidônea, impossível, inútil, inadequada ou quase crime): é a tentativa não punível, porque o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou volta-se contra objetos absolutamente impróprios, tornando impossível a consumação do crime. Trata-se de uma autêntica “carência de tipo”, nas palavras de Aníbal Bruno (*Sobre o tipo no direito penal*, p. 56). Exemplos: atirar, para matar, contra um cadáver (objeto absolutamente impróprio) ou atirar, para matar, com uma arma descarregada (meio absolutamente ineficaz).

54. Natureza jurídica do crime impossível: é uma causa excludente da tipicidade.

55. Fundamento da não punição do crime impossível: adota-se, no Brasil, a teoria objetiva, vale dizer, leva-se em conta, para punir a tentativa, o risco objetivo que o bem jurídico corre. No caso da tentativa inidônea, o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é

inteiramente impróprio. Daí por que não há punição. Acrescenta Marcelo Semer, expondo as várias teorias acerca do crime impossível, ter o Código Penal adotado a teoria objetiva *temperada* ou *moderada*. A diferença básica entre a objetiva pura e a objetiva temperada está na exigência de meio ou objeto *absolutamente* ineficaz ou impróprio (temperada) e meio ou objeto *relativamente* ineficaz ou impróprio (pura). Isto significa, ilustrativamente, que um sujeito, ao tentar envenenar alguém, usando substância letal, mas em dose insuficiente (meio relativamente ineficaz), pela teoria adotada no Brasil, deve responder por tentativa de homicídio. Somente não responderia se utilizasse substância totalmente inofensiva para a vítima, no caso concreto (meio absolutamente ineficaz). Conclui o autor que, para “a teoria objetiva temperada, em resumo, crime impossível é a tentativa realizada com meios absolutamente inidôneos ou dirigidos a um objetivo inidôneo. Em ambas as situações está ausente o perigo real que deve acompanhar, em todo caso como consequência, tanto o crime consumado como o tentado. A tentativa, pois, não seria punível, eis que ausente seu caráter objetivo. *A contrario sensu*, a tentativa está caracterizada – afastado, portanto, o delito impossível – quando os meios forem relativamente inidôneos” (*Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*, p. 36-38).

56. Diferença entre a tentativa inidônea e o erro de tipo: na primeira hipótese, o agente acredita que poderá atingir o resultado almejado, apesar de não poder, agindo com dolo. Na segunda, o agente não atua com dolo, pois não prevê que poderá causar o resultado, embora possa. Melhor análise do erro de tipo será feita em capítulo próprio.

56-A. Diferença entre crime impossível e crime putativo: o primeiro constitui a hipótese do agente que, pretendendo cometer um delito, não atinge a consumação porque valeu-se de instrumento absolutamente ineficaz ou voltou-se contra objeto absolutamente impróprio; o segundo, por seu turno, prevê a hipótese do agente que, pretendendo cometer um delito, não consegue seu intento porque a conduta eleita não constitui fato típico. Exemplos: no crime impossível, o agente desfere tiros, com o intuito de cometer homicídio, contra pessoa que já morreu; no crime putativo, o agente deixa de pagar dívida, instrumentalizada por meio de nota promissória, crendo ser infração penal, quando, na realidade, não é.

57. Ineficácia absoluta do meio: a lei penal exige que o meio utilizado seja *totalmente* ineficaz, devendo-se avaliar a eficácia no caso concreto, jamais teoricamente. Em tese, uma arma descarregada não é meio idôneo para matar, porém, se a vítima for cardíaca, poderá morrer pelo susto dos pretensos disparos feitos contra sua pessoa. Nesse caso, não houve crime impossível, pois o agente atingiu o resultado desejado. Registre-se exemplo extraído da jurisprudência: TJSP: “Tentativa de homicídio – Transmissão do vírus da AIDS pelo beijo na boca dado à força – Meio *absolutamente ineficaz* – Novo julgamento ordenado” (Ap. 185.395-3/3-SP, 3.^a C., rel. Marcondes D’Angelo, 19.03.1996, v. u.).

58. Absoluta impropriedade do objeto: o mesmo comentário feito em nota anterior, quanto ao termo “absoluta”, vale para este caso. Deve-se avaliar a impropriedade total do objeto no caso concreto. Nesse contexto, é preciso cautela quando se tratar de impropriedade *relativa*. Exemplo: se o agente, pretendendo matar a vítima, ingressa no quarto onde julga que se encontra,

desferindo vários tiros contra o leito vazio, mas o ofendido se acha no quarto ao lado, conseguindo fugir, não se trata de crime impossível, mas de tentativa incruenta de homicídio, ou seja, sem lesões à vítima. O objeto almejado existia e podia ter sido atingido.

58-A. Momento de avaliação da idoneidade: deve-se fazê-lo após a ocorrência do fato. Trata-se do único método seguro para analisar se o objeto era, realmente, *absoluta ou relativamente* impróprio e se o meio era *absoluta ou relativamente* ineficaz. Adverte Marcelo Semer que “a aferição da idoneidade *ex ante* é a tônica da teoria objetiva moderada. Indica a análise de que o meio empregado era, antes de iniciada a execução do delito, e sem levar em consideração as circunstâncias em que os fatos se desenvolveram, apto ou inapto para provocar a consumação do crime. Trata-se, pois, de uma verificação *in abstracto* da idoneidade dos meios, consoante propugna a doutrina ora estudada: a tentativa só se exclui se o meio era essencialmente ineficaz. Tem-se propugnado, no entanto, que a verificação da idoneidade ou inidoneidade dos meios empregados pelo agente deve levar em conta as circunstâncias em que os fatos transcorreram, fazendo-se, assim, uma aferição *ex post*”. E conclui, mais adiante, com pertinência: “Deve-se privilegiar a aferição *ex post* desde que se pretenda a incorporação, na aferição da idoneidade dos meios ou do objeto, das circunstâncias que concretamente atuaram no desenrolar dos fatos – o que, aliás, é mais consentâneo com a própria noção de tipicidade. Bem ainda analisar-se a idoneidade dos meios ou objeto de acordo com o plano concreto do agente – vale dizer, em relação ao propósito a que se lançara na empreitada delituosa” (*Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*, p. 87-89).

59. Flagrante provocado ou preparado: é o denominado *crime de ensaio*, ou seja, quando um terceiro provoca o agente à prática do delito, ao mesmo tempo em que age para impedir o resultado. Havendo eficácia na atuação do agente provocador, não responde pela tentativa quem a praticou. É o disposto na Súmula 145 do STF (“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”). Embora a súmula faça referência somente à polícia, é natural que seja aplicável, também, em outros casos. Assim, se um policial se disfarça de vítima, expondo objetos de valor para provocar um furto ou um roubo, cercado por outros agentes disfarçados, havendo ação da parte de alguém, preso imediatamente sem nada conseguir levar, evidencia-se a hipótese do crime impossível. Outra ilustração: delegado que apresenta livro de sua propriedade para comerciante, pedindo-lhe que extraia fotocópia do exemplar inteiro, buscando caracterizar o crime de violação de direito autoral (art. 184, CP), dando-lhe voz de prisão logo após o término do serviço, constitui, igualmente, crime impossível. *Exemplos extraídos da jurisprudência:* TJSP: “Flagrante preparado – Caracterização – Plano de fuga de presos – Antecipação da entrega de material para tanto – Menor que colabora para o evento delatando o fato – Delegado que toma conhecimento do plano e determina o seu prosseguimento – Rejeição da denúncia – Inteligência dos artigos 351, § 1.º, do CP e 12, *caput*, da Lei 6.368/76 [atual art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006]” (RSE 167.154-3/2-SP, 4.ª C., rel. Ferraz Felizardo, 04.09.1995, v. u.). E ainda: TJSP: “Flagrante – Crime – Preparado por policiais de repartição especializada em tóxicos – Ocorrência – Acusados que procuraram a cocaína com terceiros – Não validação do flagrante – Vício insanável que inadmitte idéia de infração à lei – Súmula 145 do STF – Absolvição decretada” (Ap.

203.505-3, Presidente Prudente, 6.^a C., rel. Djalma Lofrano, 09.05.1996, v. u.). Neste último caso, é preciso ressaltar que, quando o acusado possui o entorpecente consigo ou em sua casa, poderá ser preso em flagrante não pela tentativa de venda, mas por “trazer consigo” ou “ter em depósito”, outras condutas típicas, que espelham crime permanente, previstas no art. 33 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). Neste último prisma, ver: TJSP: “O tipo penal que define o delito tem vários núcleos e, embora o ato de vender cocaína, tendo sido provocado por um policial, é inegável que as condutas anteriores de ‘manter em depósito’ e ‘trazer consigo’ já estavam consumadas. À evidência, não há induzimento ou provocação do delito por parte dos agentes policiais quando o delito é preexistente à atuação dos mesmos. Precedentes jurisprudenciais que se amoldam exatamente à espécie. Ademais, o crime de tráfico de entorpecentes é de natureza permanente e a venda fictícia é apenas mais um elemento a demonstrar a finalidade do depósito do entorpecente, ao lado de outros, tais como a sua quantidade e acondicionamento” (Ap. 998.213-3/7, S. Paulo, 14.^a C., rel. Alfredo Fanucchi, 15.03.2007, v. u.).

59-A. Flagrante esperado: nesse caso, inexistente agente provocador, embora chegue à polícia a notícia de que um crime será praticado em determinado lugar. Colocando-se de guarda, é possível prender os autores em flagrante, no momento de sua prática. Como regra, não se trata de crime impossível, tendo em vista que o delito pode se consumir, uma vez que os agentes policiais não armaram o crime, mas simplesmente aguardaram a sua realização, que poderia acontecer de modo totalmente diverso do esperado. Não descartamos, no entanto, que o flagrante esperado se torne delito impossível, caso a atividade policial seja de tal monta, no caso concreto, que torne absolutamente inviável a

consumação da infração penal. Vide, ainda, o nosso *Código de Processo Penal comentado*, notas 14 a 17 ao art. 302.

59-B. Furto sob vigilância: trata-se de hipótese extremamente polêmica, suscitando correntes que apóiam a ocorrência de crime impossível, enquanto outras a rejeitam. Pensamos, no entanto, que há duas possibilidades nesse caso. Quando o agente se encontra em um supermercado, por exemplo, vigiado em todos os corredores por câmaras, bem como por seguranças que o acompanham o tempo todo, sem perdê-lo de vista, não é razoável defender a hipótese de que, ao chegar à saída do estabelecimento, seja detido em flagrante por tentativa de furto. Qual seria a viabilidade de consumação se foi acompanhado o tempo todo por funcionários do supermercado? Nenhuma. Logo, é crime impossível. Entretanto, caso o agente, ainda que visualizado por alguma câmara furtando, não seja acompanhado o tempo todo, propiciando que os seguranças o percam de vista, é possível cuidar de tentativa de furto, pois, no caso concreto, havia viabilidade para a consumação do furto. Ver, ainda, Marcelo Semer (*Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*, p. 82-83).

59-C. Tiros em carro blindado: cuida-se de situação a ser analisada no caso concreto. Como regra, para a blindagem padrão, realizada no Brasil, para carros particulares, deve-se admitir que se trata de objeto relativamente impróprio, isto é, sabe-se que é possível o seu rompimento, mormente se o autor dos tiros – visando matar, roubar ou seqüestrar – insiste em desferi-los sempre no mesmo lugar. Logo, trata-se de tentativa punível. Mas, excepcionalmente, pode dar-se o caso de o agente valer-se de arma de baixo calibre voltada a blindagem de alto nível de recepção de impacto, o que tornaria, concretamente, impossível a consumação do delito. É a hipótese do art. 17.

QUADRO COMPARATIVO

⌘ Tentativa:	cessa a execução, antes da consumação, por circunstância <i>alheias</i> à vontade do agente (art. 14, II, e parágrafo único)
⌘ Desistência voluntária:	cessa a execução, durante seu desenvolvimento, por <i>vontade</i> do agente (art. 15)
⌘ Arrependimento eficaz:	cessada a execução, o resultado não é atingido por <i>vontade</i> do agente, que desfaz o que havia produzido (art. 15)
⌘ Arrependimento posterior:	consumado o crime, nas condições do art. 16, o agente repara o dano ou restitui a coisa, merecendo diminuição de pena
⌘ Crime impossível:	por ineficácia absoluta do meio ou absoluta impropriedade do objeto, o resultado jamais pode ocorrer (art. 17)
⌘ Consumação:	o resultado é atingido e o bem jurídico protegido, lesado (art. 14, I)

Iniciados os atos executórios,
pode ocorrer:

Art. 18. Diz-se o crime:

Crime doloso⁶⁰⁻⁶¹

I – doloso,⁶² quando o agente quis o resultado⁶³⁻⁶⁴ ou assumiu o risco de produzi-lo;^{65-67-A}

Crime culposo⁶⁸⁻⁶⁹

II – culposo,^{70-71-A} quando o agente deu causa ao resultado por imprudência,⁷² negligência⁷³ ou imperícia.⁷⁴⁻⁷⁵

Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.⁷⁶⁻⁷⁷

60. Conceito de dolo: a) é a vontade consciente de praticar a conduta típica (*visão finalista* – é o denominado *dolo natural*); b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (*visão causalista* – é o denominado *dolo normativo*). Nas palavras de Hungria: “O nosso direito penal positivo concebe o dolo como *intenção criminosa*. É o mesmo conceito do *dolus malus* do direito romano, do *böser Vorsatz* do Código Penal austríaco, ou da *malice* da lei inglesa” (A *legítima defesa putativa*, p. 27); c) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa (é o denominado *dolo axiológico*, exposto por Miguel Reale Júnior, *Antijuridicidade concreta*, p. 42).

61. Distinção entre dolo genérico e dolo específico: a doutrina tradicional costuma fazer diferença entre o dolo genérico, que seria a vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial, e o dolo específico, que seria o complemento dessa vontade, adicionada de uma especial finalidade. Assim, nos crimes contra a honra, não bastaria ao agente divulgar fato ofensivo à reputação de alguém para se configurar a

difamação, sendo indispensável que agisse com dolo específico, ou seja, a especial intenção de difamar, de conspurcar a reputação da vítima. Outra parcela da doutrina costuma, atualmente, utilizar apenas o termo *dolo*, para designar o *dolo genérico*, e *elemento subjetivo do tipo específico*, para definir o *dolo específico*. Esta é a posição que nos parece mais adequada à teoria finalista. Alguns autores, ainda, apreciam a denominação *elemento subjetivo do injusto* ou *elemento subjetivo do ilícito* para compor o universo das específicas finalidades que possui o agente para atuar. Entendemos desnecessárias essas últimas duas denominações, bastando considerar a existência do dolo e de suas finalidades específicas, que constituem o elemento subjetivo específico, podendo ser explícito ou implícito.

62. Características do dolo: a) *abrangência*: o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo, aquilo que Mezger chama de “valoração paralela na esfera do leigo”; b) *atualidade*: o dolo deve estar presente no momento da ação, não existindo *dolo subsequente*, nem *dolo anterior*; c) *possibilidade de influenciar o resultado*: é indispensável que a vontade do agente seja capaz de produzir o evento típico. Na lição de Welzel, “a vontade impotente não é um dolo relevante de um ponto de vista jurídico penal” (*Derecho penal alemán*, p. 221-222). E ainda: “A vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de *influir no curso causal*, pois tudo o que estiver fora da possibilidade de influência concreta do agente pode ser desejado ou esperado, mas não significa querer realizá-lo. Somente pode ser objeto da norma jurídica algo que o agente possa realizar ou omitir” (Cezar Roberto Bitencourt, *Erro de tipo e de proibição*, p. 27).

63. Conceito de dolo direto: é a vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Exemplo:

o agente quer subtrair bens da vítima, valendo-se de grave ameaça. Dirigindo-se ao ofendido, aponta-lhe um revólver, anuncia o assalto e carrega consigo os bens encontrados em seu poder. A vontade se encaixa com perfeição ao resultado. É, também, denominado *dolo de primeiro grau*.

64. Dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau: explica Claus Roxin que o primeiro é a intenção do agente, voltada a determinado resultado, efetivamente perseguido, abrangendo os meios empregados para tanto (ex.: o atirador, almejando a morte da vítima, desfere-lhe certo e fatal tiro); o segundo, também denominado de *dolo de consequências necessárias* ou *dolo necessário*, é a intenção do agente, voltada a determinado resultado, efetivamente desejado, embora, na utilização dos meios para alcançá-lo, termine por incluir efeitos colaterais, praticamente certos. O agente não persegue os efeitos colaterais, mas tem por certa a sua ocorrência, caso se concretize o resultado almejado. O exemplo é do matador que, pretendendo atingir determinada pessoa, situada em lugar público, planta uma bomba, que, ao detonar, certamente matará outras pessoas ao redor. Ainda que não queira atingir essas outras vítimas, tem por certo o resultado, caso a bomba estoure, como planejado. Diferencia-se do dolo eventual, porque neste caso o agente não persegue o resultado típico atingido, e a sua vontade, portanto, está configurada mais debilmente. Não quer o autor determinado objetivo, mas somente *assume o risco* que ocorra (*Derecho penal – Parte general*, t. I, p. 415-416 e 423-424). Para a doutrina italiana, o dolo divide-se em *dolo intencional*, que é o dolo direto de 1.º grau, *dolo direto*, que é o dolo direto de 2.º grau, e, finalmente, *dolo eventual ou indireto*, exatamente como nós o denominamos (cf. Paolo Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, p. 122).

65. Conceito de dolo indireto ou eventual: é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro. Por isso, a lei utiliza o termo “assumir o risco de produzi-lo”. Nesse caso, de situação mais complexa, o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora saiba que ele pode se materializar juntamente com aquilo que pretende, o que lhe é indiferente. Exemplo: A está desferindo tiros contra um muro, no quintal da sua residência (resultado pretendido: dar disparos contra o muro), vislumbrando, no entanto, a possibilidade de os tiros vararem o obstáculo, atingindo terceiros que passam por detrás. Ainda assim, desprezando o segundo resultado (ferimento ou morte de alguém), continua a sua conduta. Caso atinja, mortalmente, um passageiro, responderá por homicídio doloso (dolo eventual). É o denominado *dolo de segundo grau*. Sobre o dolo eventual, ensina José de Faria Costa que “o não querer aqui avençado nada tem de afirmação positiva da vontade, pretendendo antes expressar a atitude psíquica da passividade com que o agente encara o resultado. Certo é também, cumpre dizê-lo, que o agente sempre poderia dizer não. Sucede que não o faz porque a vontade de praticar a ação principal como que arrasta no seu halo a sujeição à passividade psíquica no que toca ao resultado possível. O que vale por afirmar: o agente *quer* a ação principal e como que é conivente, diríamos por omissão, com as ações acessórias tão-só eventualmente representadas” (*Tentativa e dolo eventual*, p. 46). Extrai-se o dolo eventual, na grande maioria dos casos, da situação fática desenhada e não da mente do agente, como seria de se supor. Nesse sentido, conferir o preciso relato do Ministro Felix Fischer: “O dolo eventual não é, na verdade, extraído da mente do autor, mas sim das circunstâncias... Por exemplo, dizer-se que

o fogo não mata porquanto existem pessoas com cicatrizes de queimaduras, *data venia*, não é argumento válido nem no *judicium causae*... Todos, desde cedo, independentemente do grau de instrução, sabem que brincar com fogo é muito perigoso. O fogo pode matar... Além do mais, se fogo não mata, então o que dizer do tipo previsto no art. 121, § 2.º, inciso III ('fogo') do Código Penal? Desnecessário responder!" (STJ, REsp 192.049/DF, 5.ª T., 09.02.1999, m. v., DJU 01.03.1999). E continua, em outra decisão, Felix Fischer: STJ: "O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor, mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas que a aceitação se mostre, no plano do possível, provável" (REsp 247263-MG, 5.ª T., 05.04.2001, m. v., DJ 20.08.2001, p. 515). Idem: STJ: REsp 249604-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 29.04.2002, v. u., DJ 21.10.2002, p. 381.

66. Dolo eventual nos graves crimes de trânsito: tem sido posição adotada, atualmente, na jurisprudência pátria considerar a atuação do agente em determinados delitos cometidos no trânsito não mais como culpa consciente, e sim como dolo eventual. As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o risco da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade sob embriaguez, entre outras. Se, apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, estará demonstrando seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso. *Exemplos extraídos da jurisprudência:* STF: "A conduta social desajustada daquele que, agindo com intensa reprovabilidade ético-jurídica, participa, com o seu veículo automotor, de inaceitável disputa automobilística realizada em plena via pública, nesta desenvolvendo velocidade exagerada – além de ensinar a

possibilidade de reconhecimento de dolo eventual inerente a esse comportamento do agente –, ainda justifica a especial exasperação da pena, motivada pela necessidade de o Estado responder, grave e energicamente, à atitude de quem, em assim agindo, comete os delitos de homicídio doloso e de lesões corporais" (HC 71.800-1-RS, 1.ª T., rel. Celso de Mello, DJ 20.06.1995, RT 733/478 – cuida-se de um dos primeiros acórdãos do Pretório Excelso acerca do tema); TJSP: "Nos casos em que o motorista, utilizando as vias públicas como verdadeiras pistas de corrida, dirige seu veículo com desrespeito e desprezo para com a vida e a integridade física de seus semelhantes, acaba por assumir, logicamente, o risco de produzir o resultado letal, embora não seja por ele diretamente visado, admite-se o reconhecimento do dolo eventual" (RSE 211.187-3/7-SP, 1.ª C., rel. David Haddad, 11.11.1996). No mesmo sentido, RT 728/529. *E destacando a direção perigosa:* TJSP: "Réu alcoolizado, em velocidade incompatível, age com 'consciência do perigo concreto' – Assunção ao risco de produzi-lo – Dolo eventual – Pronúncia mantida" (RSE 189.655-3, Santo André, 2.ª C., rel. Silva Pinto, 16.10.1995). Idem: TJSP: "Direção perigosa, em alta velocidade, com crianças brincando no local: caracterização do dolo eventual – Agente que admitiu a possibilidade do evento acontecer. É ténue a linha divisória entre a culpa consciente e o dolo eventual. Em ambos o agente prevê a ocorrência do resultado, mas somente no dolo o agente admite a possibilidade do evento acontecer (RSE 179.818-3, Poá, 4.ª C. de Férias, rel. Sinésio de Souza, 26.07.1995, v. u.). *Ver, ainda, jurisprudência do Rio Grande do Sul:* "Delitos causados na direção de veículos automotores – Dolo eventual – Omissão de socorro. Age com dolo eventual quem, à noite, em lugar de movimento de pessoas, dirige veículo em alta velocidade e com faróis apagados, avançando

com aceleração e causando atropelamentos sucessivos. Não cabe o enquadramento no delito de omissão de socorro daquele que cometeu maior dano, ressalvadas as qualificações previstas no § 4.º do art. 121 e no § 7.º do art. 129 do Código Penal (Rec. 688003201, São Leopoldo); “*Habeas corpus* – Atropelamento – Morte de dois ciclistas – Denúncia por duplo homicídio doloso – *Habeas corpus* objetivando reclassificação da denúncia para o art. 121, § 3.º, do Código Penal. (...) Colhendo e tirando a vida a dois ciclistas, os quais seguiam em sentido contrário àquele em que ia, a ação do paciente escapou aos lindes da culpa em estrito sentido, espalhando-se para o terreno do dolo eventual” (HC 686053257-Fredérico Westphalen). Idem: Rec. 684029119, Pelotas, RS; Rec. 27.268, Canoas, RS; Ap. Crim. 684035694, Gramado, RS; Ap. Crim. 687026005, São Leopoldo, RS (citações de Lenio Luiz Streck, *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*, p. 160). Há, ainda, posição sustentando que o racha deve ser punido como crime culposos: TJSP: RSE 263.711-3, 1.ª C. Extraordinária, rel. designado Oliveira Passos, 18.10.2000, m. v., *JUBI* 57/01.

67. Exigibilidade do dolo direto e do dolo eventual: a lei não faz distinção entre o dolo direto e o eventual para fins de aplicação da pena. Assim, o juiz poderá fixar a mesma pena para quem agiu com dolo direto e para quem atuou com dolo eventual. Como regra, já que os tipos penais que nada falam a respeito do elemento subjetivo do delito são dolosos (ex.: “matar alguém” – art. 121, CP, onde nada se diz acerca do dolo), pode-se aplicar tanto o direto, quanto o indireto. Excepcionalmente, quando a lei exigir unicamente o dolo direto, tal circunstância vem claramente definida no tipo penal, como se pode observar no tipo da denúncia caluniosa (“crime de que o *sabe* inocente”), do art. 339 do Código Penal. Contrariando o entendimento majoritário

da doutrina e da jurisprudência de que a expressão “sabe” equivale à referência ao dolo direto e, como regra, a expressão “deve saber” tem correlação com o dolo eventual, está a posição de David Teixeira de Azevedo. Menciona o autor que “o ‘sabe’ e ‘deve saber’ têm o mesmo sentido de explicitar um aspecto intelectual do dolo, não se ligando – e aqui a confusão da doutrina – com o aspecto volitivo, que é o decisivo para a configuração do dolo direto ou eventual. (...) O tipo penal doloso em sua estrutura encarna necessariamente as modalidades do dolo direto e do dolo indireto. Não fora assim, necessário seria que em norma da parte geral ou em cada norma incriminadora se excepcionasse a forma indireta do dolo, para não se ver violado o direito penal da culpa. A inclusão no tipo de elementos intelectivos e volitivos particulares *não pode e nem deve constituir previsão do dolo eventual*, pois já natural e necessariamente participante da estrutura do tipo doloso. A adição de tais elementos no tipo visa, muito ao contrário, a *maior restrição do aparecimento da forma eventual*”. Em suma, conclui que é possível haver tipo penal contendo a expressão “que sabe”, embora possa ser cometido com dolo eventual, o que contraria o entendimento predominante de que se constitui indicativo único de dolo direto. Cita como exemplo a denúncia caluniosa: “O agente que, conhecendo plenamente a inocência do imputado, encaminha *com animus injuriandi vel diffamandi* carta acusadora a um Procurador de Justiça, antecipando mentalmente e aceitando a alta probabilidade de este oficial à Polícia ou mesmo instaurar procedimento investigatório ou oferecer denúncia, comete o delito com dolo eventual. Aceita o resultado de ataque ao bem jurídico (administração da justiça) como consequência de sua ação” (O crime de receptação e formas de execução dolosa, *Atualidades no direito e processo penal*, p.

31 e 39). Permitimo-nos discordar desse entendimento. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que todo delito possuidor de elemento subjetivo específico já dificulta, por natureza, a incidência do dolo eventual. Não é impossível, mas apenas mais improvável a sua concretização. Imagine-se o furto, em que se exige o ânimo de posse definitiva e do lucro. É difícil imaginá-lo praticado na forma do dolo eventual, pois o agente precisaria assumir o risco de estar subtraindo coisa móvel que *pode* ser alheia. Na dúvida, mas movido pelo elemento subjetivo específico, a respeito do qual não pode haver dúvida, leva a coisa que tanto pode ser sua quanto de terceiro. Seria o furto praticado na modalidade do dolo eventual. A situação, frise-se, não é comum. Entretanto, se o tipo penal viesse construído “subtrair, para si ou para outrem, coisa móvel *que sabe ser alheia*”, segundo nos parece, somente poderia o furto ser praticado com dolo direto. A inteligência completa dos elementos do tipo e a vontade específica de ter a coisa para si tornam inviável a produção do resultado a título de assunção de risco. O elemento volitivo somente se aperfeiçoa na esfera do dolo direto. Se o agente *sabe* que a coisa móvel é de terceira pessoa e a quer para si, não nos sinaliza possível a existência de dolo eventual. Somente o direto faz sentido. Logo, a inserção da fórmula *que sabe* no tipo penal tem o intuito de delimitar a incidência do dolo eventual. No exemplo supracitado por David Teixeira de Azevedo, referente à denúncia caluniosa, temos que o agente, conhecendo plenamente a inocência de alguém, encaminha carta a um membro do Ministério Público narrando a prática de crime inexistente. Ora, para concretizar a denúncia caluniosa é preciso que ele também tenha em mente a específica vontade de dar margem à instauração de procedimento criminal contra o imputado (provocar prejuízo à administração da justi-

ça). Sem essa vontade especial, não se trata de denúncia caluniosa, mas somente de calúnia. E quanto ao elemento subjetivo específico, de qualquer delito, não nos parece possa ele ser preenchido pela assunção do risco, isto é, pela eventualidade de existir ou não. No mais, se o agente comunica tal fato ao Ministério Público, com vontade de que haja procedimento criminal, ele não pode ser acusado de denúncia caluniosa somente porque *assumiu o risco* de que o Procurador de Justiça tomasse providências legais. Tal conduta, segundo a lei, deve ser certa. O contrário seria prevaricação ou infração de dever funcional, em face da obrigatoriedade da ação penal. Aliás, se mandar a carta e o Ministério Público não agir, está o agente no campo da tentativa de denúncia caluniosa, pois seu intento foi impedido por terceiro. Mas o dolo é direto, trazido pela expressão “de que o sabe inocente”.

67-A. Outras classificações do dolo:

a) *dolo alternativo*: significa que o agente quer, indiferentemente, um resultado ou outro. Não se trata, como alerta Maurach, de uma forma independente de dolo, mas sim de uma aplicação das regras pertinentes à congruência dos tipos objetivos e subjetivos (*Derecho penal—Parte general*, p. 385). Cita, como exemplo, o caso do ladrão que encontra uma carteira, envolta num pano, na praia. Não sabe se foi deixada ali por um banhista que foi à água ou se alguém a esqueceu ali e foi para casa. Leva-a, de todo modo. Somente a análise do caso concreto irá determinar se houve furto (art. 155, CP) ou apropriação (art. 169, parágrafo único, II, CP); b) *dolo cumulativo*: significa que o agente deseja alcançar dois resultados, em seqüência. Deseja surrar a vítima (lesão corporal), para depois matá-la (homicídio). A questão não pode ser equacionada como se houvesse uma outra espécie de dolo (além do direto e do eventual), mas, sim, sob o ponto de vista de existir uma progressão

criminosa. Deve responder por um ou mais delitos que cometer, conforme sua intenção de atingir um ou mais resultados, obtendo progresso; c) *dolo antecedente*: trata-se de elemento subjetivo inadequado para a teoria do crime. O autor deve agir, sempre, com dolo atual, isto é, concomitante à conduta desenvolve-se a sua intenção de realização do tipo penal. Logo, se alguém deseja matar o seu desafeto num determinado dia, mas muda de idéia, atropelando-o, acidentalmente, no dia seguinte, não pode ter a sua intenção transportada de um dia para outro, como se o dolo pudesse ser *antecedente* à conduta idônea a produzir o resultado. Por todos, contrariando a existência do dolo antecedente, ver Maurach e Zipf (*Derecho penal – Parte general*, v. I, p. 383); d) *dolo subsequente*: trata-se de outra hipótese inadequada, pelas mesmas razões já apontadas. Imagine-se o sujeito que atropela, acidentalmente, seu desafeto. Quando sai do carro, reconhecendo o inimigo, sente-se realizado por ter conseguido algo que almejava, embora não tenha agido para isso. Não pode responder por homicídio, pois significaria reconhecer a existência de um dolo *subsequente* à conduta idônea a causar o evento típico. Por todos, contrariando a existência do dolo subsequente, ver Maurach e Zipf (*Derecho penal – Parte general*, v. I, p. 383); e) *dolo geral* (também chamado de erro sucessivo ou *aberratio causae*). Trata-se, em verdade, de uma hipótese de engano quanto ao meio de execução do delito, mas que termina por determinar o resultado visado. É um erro sobre a causalidade, mas jamais quanto aos elementos do tipo, nem tampouco quanto à ilicitude do que se pratica. Típico exemplo é o do agente que, pretendendo matar o inimigo, esgana-o. Imaginando-o morto, o que não ocorreu de fato, estando a vítima apenas desmaiada, atira o corpo no rio, tendo por fim eliminar a evidência

do crime. Nessa ocasião, a morte se produz por afogamento. Deve responder por homicídio consumado, tendo em vista a perfeita congruência entre o que fez e o que pretendia fazer, pouco importando seu equívoco, quanto ao método que lhe permitiu atingir o resultado. Trata-se de um acontecimento unitário, como defende a maioria da doutrina. Ensina Baumann que “é impossível exigir um *conhecimento exato* do curso causal. Segundo a doutrina dominante e a jurisprudência, basta que o autor tenha uma idéia aproximada do curso do episódio e que o resultado que se tenha representado não difira consideravelmente (quanto ao valor) do resultado que se tenha produzido: ‘divergências irrelevantes entre o curso causal representado e o que tenha sido produzido não afetam o dolo do autor’” (*Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema (introducción a la sistemática sobre la base de casos)*, p. 244). Noronha, por sua vez, assinala não ser “preciso que o dolo persista ou perdure durante todo o fato; basta que a ação desencadeante do processo causal seja dolosa” (*Questões sobre a tentativa*, p. 245). E lembra Paulo José da Costa Jr., com pertinência, que “pouco importa que o agente, que pretendia a obtenção de determinado evento, tenha conseguido alcançá-lo com uma mudança do nexos causal. Se no campo objetivo a *aberratio causae* é de todo indiferente ao direito penal, não o será fatalmente no terreno subjetivo, em que poderá apresentar certa relevância, sobretudo na motivação da conduta” (*O crime aberrante*, p. 78-79). Realmente. O agente pode ter dado um tiro na vítima e, crendo-a morta, atirou-a ao rio, quando ocorre a morte por afogamento. Não se pode qualificar o homicídio por conta da morte ter decorrido de asfixia, pois o dolo do agente não abrangeu tal circunstância. Outros, no entanto, preferem solução diversa. Maurach admite a possibilidade de

punição por homicídio consumado, desde que o agente, na dúvida em relação à morte da vítima, atira-a ao rio, assumindo o risco de matá-la na segunda conduta (dolo eventual). Porém, se acreditava ter sido idônea a sua primeira conduta, o lançamento de seu corpo ao rio já não pode ser considerado doloso, devendo resolver-se no contexto da culpa. Assim, responderia ele por tentativa de homicídio, seguida de homicídio culposo (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 411). Assim, também, Frederico Marques, na doutrina nacional (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 335). Por fim, acrescentamos a lição de Juarez Tavares, com a qual concordamos, no sentido de que o correto é falar apenas em dolo direto e dolo eventual, deixando de lado concepções como dolo alternativo, de ímpeto, determinado ou indeterminado, entre outras, uma vez que, adotado o finalismo, o dolo é associado somente ao sentido da atividade (*Teoria do injusto penal*, p. 141).

68. Conceito de culpa: é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado. O dolo é a regra; a culpa, exceção. Para se punir alguém por delito culposos, é indispensável que a culpa venha expressamente delineada no tipo penal. Trata-se de um dos elementos subjetivos do crime, embora se possa definir a natureza jurídica da culpa como sendo um elemento psicológico-normativo. Psicológico, porque é elemento subjetivo do delito, implicando na ligação do resultado lesivo ao querer interno do agente através da previsibilidade. Normativo, porque é formulado um juízo de valor acerca da relação estabelecida entre o *querer* do agente e o resultado produzido, verificando o magistrado se houve uma norma a cumprir, que deixou de ser seguida. Note-se o conceito de culpa

extraído do Código Penal Militar, bem mais completo do que o previsto no Código Penal comum: “Diz-se o crime: (...) II – culposos, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo” (art. 33).

68-A. Culpa e tipicidade: a culpa e o dolo, na ótica finalista, situam-se no tipo penal, pois são decorrências naturais da conduta humana. A finalidade do agente, quando detectada, deve ser valorada pelo juiz, identificando-se o dolo (querer atingir o resultado ou assumir o risco de produzi-lo) ou a culpa (não desejar o resultado, mas tê-lo por previsível e continuar a desenvolver o comportamento descuidado). Assim, partilhamos do entendimento segundo o qual a previsibilidade, objetiva ou subjetiva, encontra-se na conduta humana e, por consequência, no tipo. As condições pessoais do agente, para captar e expressar essa previsibilidade, serão deslocadas para a culpabilidade somente no contexto da aplicação da pena. Em suma: a possibilidade de prever o resultado danoso, objetivamente considerada (sob o prisma do *homem médio*) e subjetivamente avaliada (conforme a situação concreta do autor), é elemento da tipicidade. Após, concluído ter havido crime culposos, no momento de fixação da pena, quando se leva em conta a outra face da culpabilidade (ver a nota 3 ao art. 59), devem-se considerar os fatores pessoais do agente (grau de cultura, antecedentes e conduta social etc.). Confira-se a posição de Marco Antonio Terragni: “Essas comparações indicam que a previsibilidade, como substantivo que é, constitui um requisito do tipo. Assim se compara a conduta que se realizou com outra cujos resultados seriam previstos por um homem cuidadoso. Isso

não implica desconhecer que as condições pessoais de quem realizou o injusto imprudente devem constituir um elemento do juízo de reprovação, que estrutura a culpabilidade. E que, declarado penalmente responsável, tenham incidência os fatores pessoais para determinar a graduação de seu demérito” (*El delito culposo*, p. 25).

69. Distinção entre culpa inconsciente e culpa consciente: a primeira modalidade é a culpa por excelência, ou seja, a culpa sem previsão do resultado. O agente não tem previsão (ato de prever) do resultado, mas mera previsibilidade (possibilidade de prever). A segunda é a chamada *culpa com previsão*, ocorrendo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a um certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado.

70. Elementos da culpa: a) *concentração na análise da conduta voluntária do agente*: o mais importante na culpa é a análise do comportamento, e não do resultado; b) *ausência do dever de cuidado objetivo*, significando que o agente deixou de seguir as regras básicas de atenção e cautela, exigíveis de todos que vivem em sociedade. Essas regras gerais de cuidado derivam da proibição de ações de risco que vão além daquilo que a comunidade juridicamente organizada está disposta a tolerar (cf. Marco Antonio Terragni, *El delito culposo*, p. 29); c) *resultado danoso involuntário*: é imprescindível que o evento lesivo jamais tenha sido desejado ou acolhido pelo agente; d) *previsibilidade*: é a possibilidade de prever o resultado lesivo, inerente a qualquer ser humano normal. Ausente a previsibilidade, afastada estará a culpa, pois não se exige da pessoa uma atenção extraordinária e fora do razoável. O melhor critério para verificar a *previsibilidade* é o critério objetivo-subje-

tivo, ou seja, verifica-se, no caso concreto, se a média da sociedade teria condições de prever o resultado, através da diligência e da perspicácia comum, passando-se em seguida à análise do grau de visão do agente do delito, vale dizer, verifica-se a capacidade pessoal que o autor tinha para evitar o resultado. É o que sustenta Magalhães Noronha (*Do crime culposo*, p. 91-92). E como esclarece Marco Antonio Terragni: “Em primeiro lugar, lembrar que essa palavra expressa a possibilidade de prever não se refere à previsão concreta. Em segundo, a previsibilidade se relaciona àquilo que um homem ideal, em igualdade de condições, poderia prever. Esse conceito, *homem ideal*, não se refere ao ser comum, como o modelo das qualidades de que está dotado o cidadão médio. O homem modelo é aquele que deveria estar realizando a mesma atividade do sujeito cuja conduta se julga. O contrário implicaria desconhecer que alguém, por mais atento, diligente ou cauteloso que fosse, não poderia realizar atividades para as quais não está especialmente treinado (como pilotar uma aeronave, por exemplo)” (*El delito culposo*, p. 24); e) *ausência de previsão*, ou seja, não é possível que o agente tenha previsto, efetivamente, o evento lesivo ou tenha tido a previsão do resultado, mas esperando, sinceramente, que ele não acontecesse; f) *tipicidade*: há especial atenção para esse ponto, pois, como já foi mencionado, o crime culposo precisa estar *expressamente* previsto no tipo penal. Ex.: não existe menção, no art. 155 do Código Penal, à culpa, de forma que não há “furto culposo”; g) *nexo causal*: somente a ligação, através da previsibilidade, entre a conduta do agente e o resultado danoso pode constituir o nexo de causalidade no crime culposo, já que o agente não deseja a produção do evento lesivo.

71. Situações peculiares no campo da culpa: a) não existe *culpa presumida*: a culpa há de ser sempre demonstrada e

provada pela acusação; b) *graus de culpa*: não existem, no contexto do direito penal, pouco importando se a culpa é levíssima, leve ou grave. Desde que seja suficiente para caracterizar a imprudência, a negligência ou a imperícia do agente, há punição. Os graus só interessam para a individualização da pena e para excluir do campo da culpa os casos em que a imprudência ou negligência sejam insignificantes e não possam ser considerados requisitos para a concretização do tipo penal (cf. Marco Antonio Terragni, *El delito culposo*, p. 33); c) *compensação de culpas*: não se admite no direito penal, pois infrações penais não são débitos que se compensem, sob pena de retornarmos ao regime do talião. Assim, se um motorista atropela um pedestre, ambos agindo sem cautela, responderá o condutor do veículo, ainda que se alegue ter incidido o passante em imprudência ao atravessar a rua; d) *concorrência de culpas*: é possível. É o que se chama de “co-autoria sem ligação psicológica”. Ex.: vários motoristas imprudentes causam um acidente – todos podem responder igualmente pelo evento.

71-A. Culpa imprópria: é denominada *culpa com previsão*, ou seja, ocorre quando o agente deseja atingir determinado resultado, embora o faça porque está envolvido pelo erro (falsa percepção da realidade) inescusável (não há justificativa para a conduta, pois, com maior prudência, teria sido evitada). Nessa situação, o que se dá, concretamente, é uma atuação com vontade de atingir o resultado (dolo), embora esse desejo somente tenha ocorrido ao agente porque se viu envolvido em falsa percepção da realidade. “Na verdade, *antes da ação*, isto é, durante a elaboração do *processo psicológico*, o agente valora mal uma situação ou os meios a utilizar, incorrendo em erro, *culposamente*, pela falta de cautela nessa avaliação; já, no momento subsequente, *na ação propriamente dita*, age *dolosamente*, finalisticamente, objetivando

o resultado produzido, embora calcado em erro culposo” (Cezar Roberto Bitencourt, *Erro de tipo e de proibição*, p. 45). Em suma, trata-se de uma conduta dolosa, cuja origem é a própria imprudência do agente. Exemplo: imaginando-se atacado por um desconhecido, o sujeito atira para matar, visando proteger-se. Após o fato, constata-se não ter havido agressão injusta. Houve dolo, no entanto, pois o tiro foi dado com intenção de matar ou ferir, ainda que para garantir a defesa pessoal. Entretanto, a lei penal prevê que, neste caso, se o erro for escusável estará configurada a legítima defesa putativa (art. 20, § 1.º), não havendo punição. Mas, caso o erro seja inescusável, deve haver punição a título de culpa. Cuida-se exatamente da culpa imprópria, isto é, a culpa com previsão do resultado. Pensamos que, mesmo havendo culpa imprópria, não se acolhe a possibilidade de tentativa, uma vez que a lei penal dá, a essa situação, o tratamento de culpa e esta não admite, em qualquer hipótese, tentativa.

72. Conceito de imprudência: é a forma ativa de culpa, significando um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com insensatez. Ex.: a pessoa que dirige em alta velocidade dentro da cidade, onde há passantes por todos os lados, age com nítida *imprudência*.

73. Conceito de negligência: é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte, material e psiquicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário. Ex.: deixar uma arma de fogo ao alcance de uma criança ou não frear o carro ao estacionar em uma ladeira.

74. Conceito de imperícia: é a imprudência no campo técnico, pressupondo uma arte, um ofício ou uma profissão. Consiste na incapacidade ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determina-

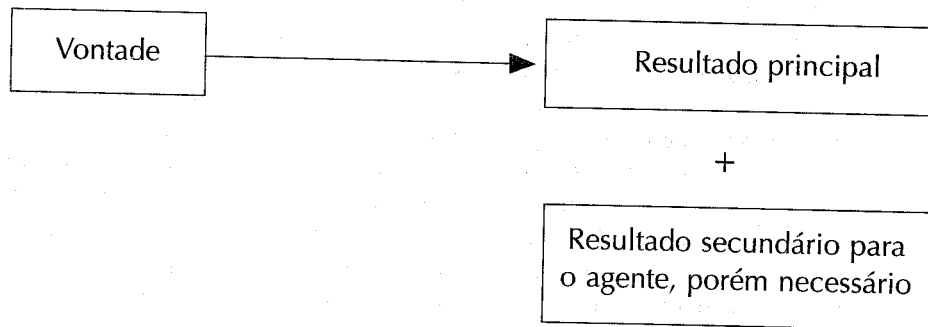
do mister. Trata-se, como diz Frederico Marques, da “imprudência qualificada”. Ex.: o médico deixa de tomar as cautelas devidas de assepsia em uma sala de cirurgia, demonstrando sua nítida inaptidão para o exercício profissional, situação que provoca a morte do paciente. Existe uma tradição jurídica de milênios, identificando culpa com falta de sabedoria, prática, experiência ou habilidade em determinada arte ou profissão. Por isso, nas palavras de Marco Antonio Terragni, “a imperícia é a atuação inexperta ou inidônea em uma tarefa que demanda uma especial destreza. Uma exigência maior se formula a quem se dedica a um trabalho que carrega risco e que, por isso, deve ser desenvolvido com especial habilidade”. Na realidade, está em jogo uma questão de confiança: aquela gerada nas pessoas de que o profissional, ou quem se supõe seja idôneo para determinada atividade, detenha todos os conhecimentos necessários para o desempenho que a sua atuação requer (*El delito culposo*, p. 72).

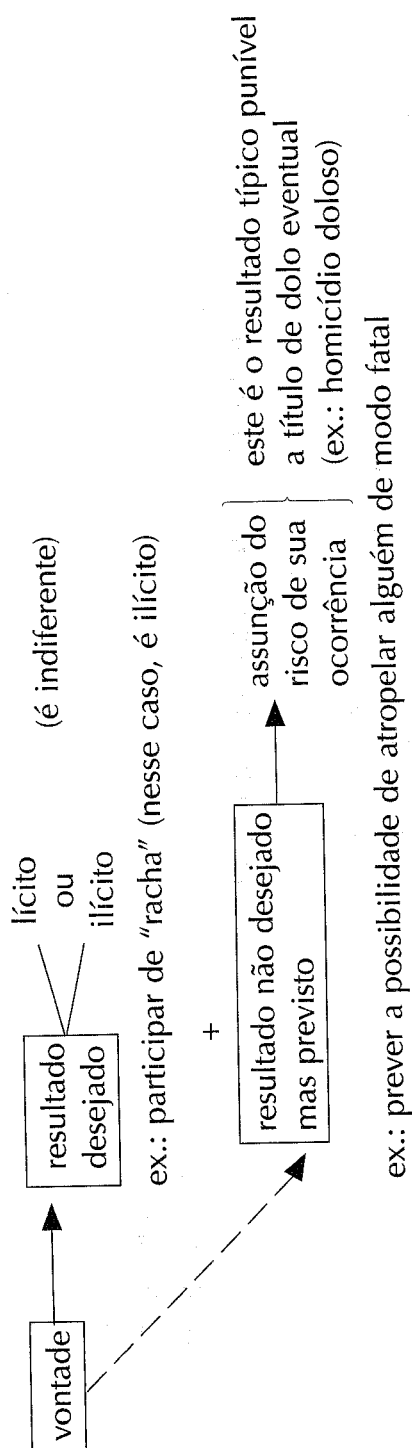
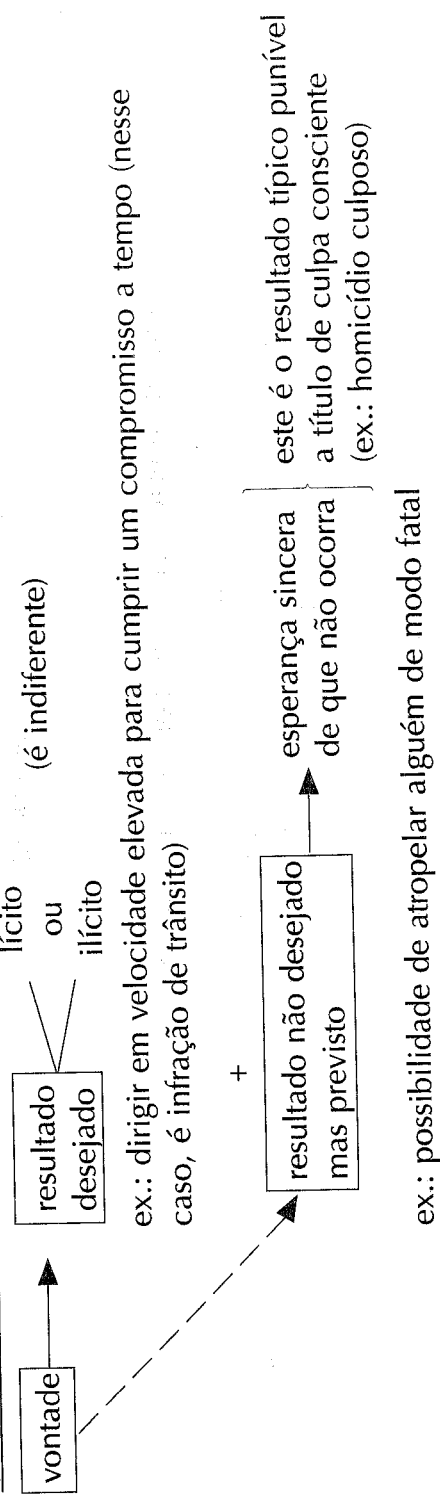
75. Distinção entre imperícia e erro profissional: a deficiência profissional, que acarreta um dano a alguém, nem sempre pode ser caracterizada como imperícia. Enquanto esta é um erro grosseiro, que a média dos profissionais de determinada área não cometeria, em circunstâncias normais, o erro profissional faz parte da precariedade dos conhecimentos humanos, pois nem todos possuem o mesmo talento, a mesma cultura e idêntica habilidade. Quando houver erro, resolve-se na esfera civil. Flamínio Fávero divide os erros de diagnóstico dos médicos em inevitáveis e evitáveis. Os primeiros “têm a sua causa nas condições de insuficiência da própria medicina, e vão diminuindo à medida que ela avança em progresso. (...) Culpe-se a medicina com a qual o médico pode errar”. Os segundos, ao contrário, “envolvem a responsa-

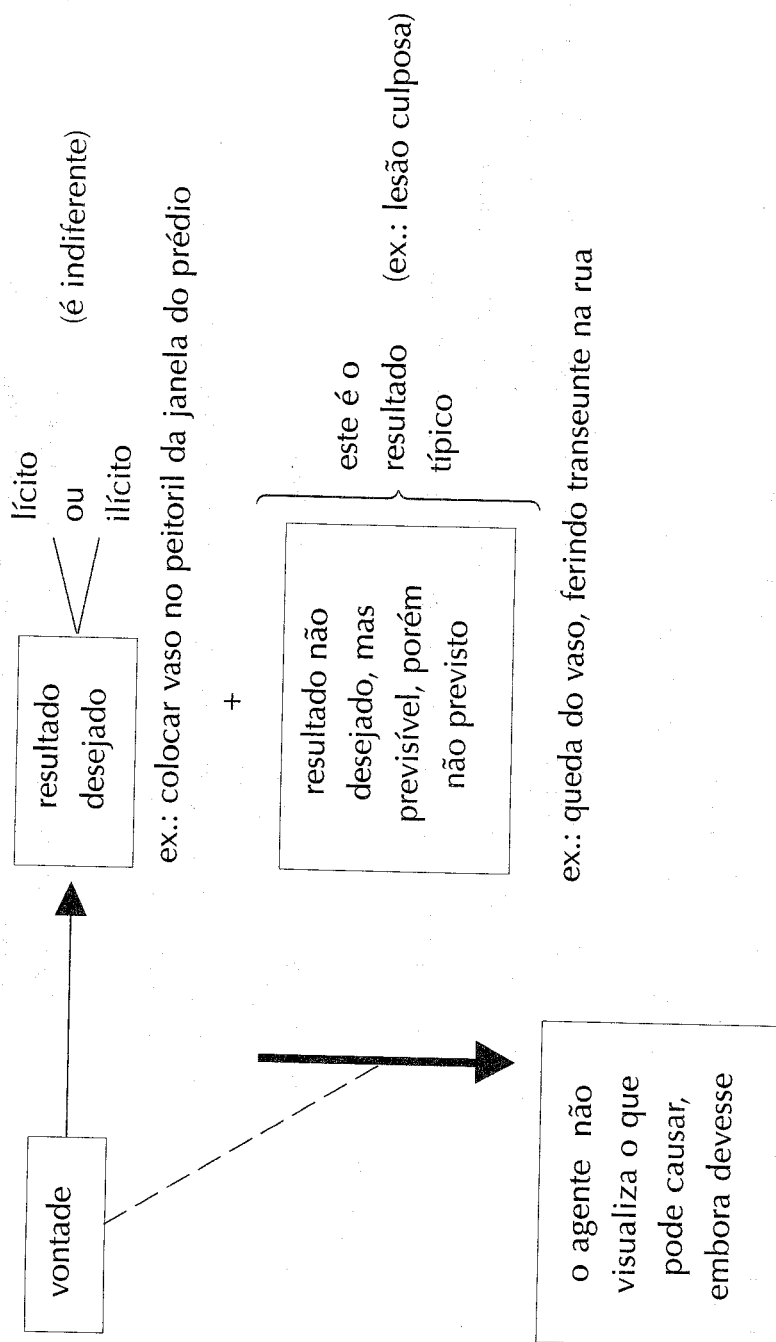
bilidade do médico. Às vezes, é uma gravidez confundida com um tumor abdominal ou vice-versa” (*Medicina legal*, p. 73). Em ambos os casos não se trata de imperícia, mas de erro profissional: o inevitável não é passível nem mesmo de indenização; o evitável deve ser indenizado na esfera cível.

76. Regra geral: o dolo é presumido no tipo penal; a culpa há de estar expressa.

77. Diferença entre culpa consciente e dolo eventual: trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. Em ambas as situações o agente tem a previsão do resultado que sua conduta pode causar, embora na culpa consciente não o admita como possível e, no dolo eventual, admita a possibilidade de se concretizar, sendo-lhe indiferente. Em nota anterior, demonstrou-se, através do atual encaminhamento da jurisprudência pátria, no contexto dos crimes de trânsito, como é tênue a linha divisória entre um e outro. Se, anos atrás, um racha, com vítimas fatais, terminava sendo punido como delito culposo (culpa consciente), hoje não se deixa de considerar o desprezo pela vida por parte do condutor do veículo, punindo-se como crime doloso (dolo eventual). Ensina Juarez Tavares que, enquanto no dolo eventual o agente refletiu e está consciente acerca da *possibilidade* de causar o resultado típico, embora não o deseje diretamente, na culpa consciente o agente está, igualmente, ciente da possibilidade de provocar o resultado típico, embora não se coloque de acordo com sua realização, esperando poder evitá-lo, bem como confiando na sua atuação para isso. “A distinção, assim, deve processar-se no plano volitivo e não apenas no plano intelectual do agente” (*Teoria do injusto penal*, p. 283-284). Ver, ainda, a nota 65, supra.

DOLO DIRETO DE 1.º GRAUDOLO DIRETO DE 2.º GRAU

DOLO EVENTUALCULPA CONSCIENTE

CULPA INCONSCIENTE

ex.: o agente nem nota, diante da sua manifesta falta de atenção, a situação de risco

Agravação pelo resultado⁷⁸⁻⁷⁹

Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.^{80-80-A}

78. Conceito de crime qualificado pelo resultado: é o delito que possui um fato-base, definido e sancionado como crime, embora tenha, ainda, um evento qualificador, aumentando-lhe a pena, em razão da sua gravidade objetiva, bem como existindo entre eles um nexo de ordem física e subjetiva. Quando, de um roubo (fato-base), ocorre o resultado *morte da vítima em face da violência empregada* (evento qualificador), está-se diante de um crime qualificado pelo resultado, cuja pena é bem maior que a prevista para o delito-base. A pena para o roubo é de 4 a 10 anos de reclusão, enquanto para o latrocínio varia de 20 a 30 anos.

79. Distinção entre crime qualificado pelo resultado e delito preterdoloso: há quem diferencie tais infrações penais, o que resulta, fundamentalmente, da tradição da doutrina italiana. Confira-se a lição de Cezar Roberto Bitencourt: “Tem-se utilizado, a nosso juízo equivocadamente, as expressões *crime preterdoloso* e *crime qualificado pelo resultado* como sinônimas. No entanto, segundo a melhor corrente, especialmente na Itália, no crime *qualificado pelo resultado*, ao contrário do *preterdoloso*, o resultado ulterior, mais grave, derivado *involuntariamente* da conduta criminosa, lesa um bem jurídico que, por sua natureza, não contém o bem jurídico precedentemente lesado. Assim, enquanto a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3.º) seria preterintencional, o *aborto seguido de morte da gestante* (arts. 125 e 126 combinados com o 127, *in fine*) seria crime qualificado pelo resultado” (*Erro de tipo e*

de proibição, p. 47). Na realidade, o crime qualificado pelo resultado é o gênero no qual há a espécie preterdolosa. Esta última é, particularmente, caracterizada por admitir somente *dolo* na conduta antecedente (fato-base) e *culpa* na conduta conseqüente (produtora do evento qualificador), além de exigir que o interesse jurídico protegido seja o mesmo, tanto na conduta antecedente, como na conseqüente – ou pelo menos do mesmo gênero. Tal situação pode ocorrer, com exatidão, na lesão corporal seguida de morte, mas não no roubo seguido de morte, por exemplo. Os crimes qualificados pelo resultado, nos quais está incluído o delito preterdoloso, podem ser caracterizados por uma infração penal que se desenvolve em duas fases, havendo as seguintes modalidades, conforme o caso concreto: a) dolo na antecedente e dolo na subseqüente (ex.: latrocínio); b) dolo na antecedente e culpa na conseqüente (ex.: lesão corporal seguida de morte); c) culpa na antecedente e culpa na conseqüente (ex.: incêndio culposos com resultado lesão grave ou morte). Não se admite, por impropriedade lógica, a modalidade culpa na conduta antecedente e dolo na conseqüente (ver a nota 44 ao art. 121). Torna-se impossível agir sem desejar o resultado quanto ao fato-base e almejar, ao mesmo tempo, o resultado qualificador. É um autêntico contra-senso. A propósito, convém mencionar a posição de Esther de Figueiredo Ferraz: “Em todos os casos em que o delito-base é culposos (crimes culposos contra a incolumidade pública agravados, por exemplo, pela ocorrência de ‘lesão corporal’ ou ‘morte’), o resultado qualificativo pode integrar, no máximo, um crime culposos, pois a existência do dolo, em relação a esse resultado, *se chocaria com a culpa* que informa o *minus delictum*” (*Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940*, p. 87). Não se acolhe, ainda, a possibilidade de existência

de dolo de perigo na conduta antecedente e dolo de dano em relação ao resultado qualificador. São incompatíveis, por lógica. Se o agente quer apenas expor a perigo a incolumidade alheia, não pode pretender que o resultado mais grave aconteça como fruto do seu desejo, seja na modalidade de dolo direto, seja na de dolo eventual.

80. Exigência do elemento subjetivo no resultado qualificador: discutia-se, antes da Reforma Penal de 1984, havendo duas posições doutrinárias, se era possível imputar ao agente do fato-base a ocorrência do resultado qualificador, mesmo que ele não tivesse a menor previsibilidade de que poderia ocorrer, ou seja, responderia o autor do fato-base pelo resultado mais grave a título de responsabilização objetiva. Para cessar o dissídio, deixando bem clara a intenção da lei, inseriu-se o art. 19 no Código Penal, determinando que o resultado qualificador somente seja fonte de punição para o agente que o houver causado ao menos culposamente.

80-A. Classificação dos crimes qualificados pelo resultado: podemos dividir as figuras típicas previstas na Parte Especial da seguinte maneira: 1) crimes agravados pelo resultado cometidos com *dolo na conduta antecedente e dolo na subsequente* ou *dolo na antecedente e culpa na subsequente*: roubo seguido de lesão grave (art. 157, § 3.º, primeira parte) e roubo seguido de morte, ou seja, latrocínio (art. 157, § 3.º, parte final), extorsão com resultado lesão grave ou morte (art. 158, § 2.º), extorsão mediante seqüestro, com resultado lesão grave ou morte (art. 159, §§ 2.º e 3.º), lesão corporal grave com incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, com debilidade permanente de membro, sentido ou função e com aceleração de parto (art. 129, § 1.º, incisos I, III, IV), lesão corporal gravíssima, com incapa-

cidade permanente para o trabalho, com enfermidade incurável, com perda ou inutilização de membro, sentido ou função e com deformidade permanente (art. 129, § 2.º, incisos I, II, III e IV), entrega de filho a pessoa inidônea, quando o menor é levado para o exterior (art. 245, § 1.º) e violação do sigilo funcional, quando há dano para a Administração Pública ou outrem (art. 325, § 2.º). Trata-se de posição majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência; 2) crimes agravados pelo resultado praticados com *culpa na conduta antecedente e culpa na subsequente*: crimes culposos de perigo comum, resultando lesão corporal grave ou morte (art. 258, c/c arts. 250, § 2.º, 251, § 3.º, 252, parágrafo único, 256, parágrafo único), crimes culposos contra a segurança dos meios de comunicação e transportes qualificados por resultados mais graves (art. 263, c/c arts. 260, § 2.º, 261, § 2.º, 262, § 2.º), crimes culposos contra a saúde pública, agravados pelos eventos lesão corporal e morte (art. 267, § 2.º, art. 285, c/c art. 258 e arts. 270, § 2.º, 271, parágrafo único, 272, § 2.º, 273, § 2.º, 278, parágrafo único, 280, parágrafo único); 3) crimes agravados pelo resultado na hipótese de serem cometidos com *dolo de perigo na conduta antecedente e culpa na subsequente*: crimes de periclitação da vida e da saúde, com resultado lesão grave ou morte (arts. 133, §§ 1.º e 2.º; 134, §§ 1.º e 2.º, 135, parágrafo único, 136, §§ 1.º e 2.º), crimes de perigo comum dolosos, com resultado lesão grave ou morte (art. 258, c/c arts. 250 a 257), crimes dolosos contra a saúde pública, exceto o art. 267, com resultado lesão grave e morte (art. 285, c/c arts. 268 a 284), rixa, com resultado lesão grave ou morte (art. 137, parágrafo único), crimes contra a segurança dos transportes e meios de comunicação dolosos, com resultado lesão corporal e morte (art. 258, c/c arts. 260 a 262), arremesso de projétil, com resultado

lesão e morte (art. 264, parágrafo único), epidemia dolosa, com resultado morte (art. 267, § 1.º). Quando houver dolo de perigo no antecedente, somente é possível culpa no consequente, pois dolo de dano neste último caso seria totalmente incompatível com o de perigo; 4) crimes qualificados pelo resultado que são polêmicos: a jurisprudência exige *dolo no antecedente e culpa no consequente*, pois se houvesse dolo seguido de dolo estaríamos diante de dois delitos. A doutrina majoritária segue o mesmo caminho, justificando que seria “injusta” a pena a ser aplicada caso houvesse *delito qualificado pelo resultado* no caso de dolo no antecedente e dolo no consequente. No exemplo do estupro seguido de morte, havendo dolo e culpa, estar-se-ia aplicando a pena do art. 223, parágrafo único, ou seja, 12 anos no mínimo. Mas, estando presente dolo no antecedente e dolo eventual no evento subsequente, por exemplo, entende a doutrina e a jurisprudência dominantes ser injustificada, porque reduzida, a pena de 12 anos, de forma que a aplicação correta seria o concurso de dois delitos (estupro seguido de homicídio qualificado), com pena mínima de 18 anos. A doutrina minoritária sustenta que não há nada na lei que sinalize para a exigência de haver somente dolo no antecedente e culpa no consequente nesses delitos, podendo ser aceita a posição dolo no antecedente e também dolo no subsequente. Confira-se, por todos, a precisa lição de Esther de Figueiredo Ferraz (*Dos crimes qualificados pelo resultado*) com as seguintes justificativas: a) não há, em nenhum desses artigos, uma proibição para o resultado mais grave ser punido a título de dolo. O legislador não excluiu o dolo expressamente como fez com o art. 129, § 3.º; b) não há incompatibilidade entre o intuito de praticar o antecedente (estupro, por exemplo) e o intuito, mesmo que indireto, de praticar o consequente

(morte, por exemplo); c) a culpa deve ser sempre expressamente prevista. Se fosse somente punível a título de culpa, teria o legislador redigido o tipo na forma do art. 129, § 3.º, do Código Penal. São os seguintes delitos: aborto com resultado lesão grave e morte (art. 127); lesão com perigo de vida (art. 129, § 1.º, II), lesão seguida de aborto (art. 129, § 2.º, V), crimes sexuais (estupro, atentado violento ao pudor) com resultado lesão grave e morte (art. 223 e parágrafo único); 5) crime qualificado pelo resultado que somente pode ser cometido com *dolo na conduta antecedente e culpa na consequente* (preterdolo): lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º). Trata-se da única hipótese pacífica na doutrina e na jurisprudência em que é possível haver somente dolo no antecedente e culpa no consequente, afinal o legislador deixou isso expresso (“Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente *não quis o resultado, nem assumiu o risco* de produzi-lo”, destaque nosso); 6) delito qualificado pelo resultado, cuja prática exige *dolo na conduta antecedente e dolo na consequente*: furto de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (art. 155, § 5.º).

Erro⁸¹ sobre elementos do tipo⁸²

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo⁸³ do tipo legal de crime⁸⁴ exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.⁸⁵

Descriminantes putativas⁸⁶⁻⁸⁷

§ 1.º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.^{87-A-88} Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Erro determinado por terceiro

§ 2.º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.⁸⁹

Erro sobre a pessoa⁹⁰

§ 3.º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.⁹¹

81. Distinção entre erro e ignorância: o erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo); a ignorância é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo). Erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignora quem está parado na esquina a pessoa que não tem idéia do outro que ali se encontra. No terreno jurídico, prevalece a *unidade* dos dois conceitos.

82. Conceito de erro de tipo: é o erro que incide sobre elementos objetivos do tipo penal, abrangendo qualificadoras, causas de aumento e agravantes. O engano a respeito de um dos elementos que compõem o modelo legal de conduta proibida sempre exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposos. Exemplo tradicional da doutrina: o caçador imagina que atrás de uma moita existe um animal feroz contra o qual atira, atingindo, no entanto, um outro caçador que ali estava à espreita da caça, matando-o. Pretendia o atirador matar um animal e não um ser humano. Ocorreu erro sobre o elemento “alguém” do tipo penal do homicídio (“matar alguém” – art. 121, CP). Vimos, anteriormente, que o dolo deve ser *abrangente*, o que não ocorreu no caso

mencionado, pois a vontade de praticar a conduta típica inexistiu por completo: querer matar um animal é bem diferente de matar um ser humano. Assim, está excluído o dolo. Pode subsistir a forma culposa, como veremos em nota seguinte. Vale frisar que o exemplo supracitado do caçador que atira em seu companheiro de caça, pensando tratar-se de um animal, incidindo em erro, tem origem em caso concreto, julgado pelo hoje extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “A prova dos autos revela que, em 31.12.87, por volta das 18h, os dois réus e a vítima E.S.S., menor de 14 anos de idade, irmão de F., todos armados de espingardas, embora não dispusessem de licença da autoridade competente, saíram de suas casas no distrito de São João de Iracema à caça de capivaras nas margens do rio São José. Chegando ao sítio de propriedade de H. R. H., escolheram um ponto nas proximidades de um arrozal, onde se colocaram à espera de atirar nos animais que, para comerem, saíssem da água, e, para tanto, F. aboletou-se no alto de um árvore; A. deixou-se ficar em meio da referida plantação; e a vítima subiu em um barranco. Permaneceram nessas posições, utilizando apitos à guisa de chamariz, sem, todavia, nada lograrem até cerca das 23h, quando a vítima, ao dessedentar-se, avistou luzes e, em vez de retornar ao barranco, foi à procura de A. para deixarem o local, temendo serem apanhados pela Polícia Florestal. Por isso, o ofendido veio caminhando em direção do arrozal, e, então, ouvindo o barulho desse movimento, A., pensando ser uma presa, efetuou um disparo que atingiu a vítima no abdome e causou-lhe lesões corporais de natureza grave, pois, penetrante o ferimento, exigindo laparotomia, sigmoidectomia e transversocefalia com colostomia, acarretou perigo de vida. A r. sentença entendeu inexistir culpa e consignou que: ‘Embora A. tenha atirado

‘por palpite’ de que se tratava de uma capivara, na verdade tinha ele razões de sobra para assim pensar, pois a vítima trocou a blusa inicial por outra de cor diferente, o réu ouviu barulho próprio da capivara, a vítima não avisou que estava em movimento e nem sequer trazia seu farolete aceso...’ (fls. 64, textual). Na realidade, porém, o erro de tipo – incidente, no caso, sobre o objeto material das lesões corporais – *ex vi do caput* do art. 20 do CP – exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei, porque: ‘Dolo e erro de tipo são dois fenômenos que se excluem. O mesmo não se diga com relação a erro de tipo e culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), dois fenômenos que andam de mãos dadas’ (Francisco de Assis Toledo, *O erro no direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 51). Logo, o erro de tipo, salvantes as hipóteses de caso fortuito ou força maior, denota culpa, da qual só se eximirá quem nele incorreu se o erro era inevitável, pois: ‘Quem dispara contra uma pessoa, confundindo-a com um animal, não responde por homicídio doloso, mas a título de homicídio, se o erro derivar de uma negligência. O erro inevitável, isto é, aquele que o autor não poderia superar nem se tivesse empregado grande diligência, exclui a responsabilidade tanto a título de dolo como de negligência’ (Francisco Muñoz Conde, *Teoria geral do delito*, trad. de Luiz Regis Prado e outro, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 63), ou se o evento era imprevisível, pois: ‘Admite-se ainda a imprevisibilidade em situações resultantes de atividades da própria vítima ou de terceiro interveniente, com as quais o agente não pôde contar’ (Juarez Tavares, *Direito penal da negligência*, São Paulo, RT, 1985, p. 180). Ora, na hipótese aqui apreciada, o erro era perfeitamente vencível, não fosse a desatenção do réu A., pois, conforme ele próprio se incumbiu de

dizer, percebendo algo movimentar-se no arrozal, não utilizou o farolete para não espantar a caça (fls. 17v. e 37v.), e, além disso, a aproximação de um dos companheiros de expedição era perfeitamente previsível, principalmente a da vítima, pois esta participava pela primeira vez e nada previamente se combinara acerca do procedimento a adotarem quando, durante a caçada, um deles tivesse de deslocar-se até o lugar ocupado pelo outro (fls. 45v.). Logo, não se exigia de A. nada que exorbitasse da normal cautela reclamada pelas apontadas circunstâncias, motivo pelo qual, não se certificando, antes de disparar, sobre poder fazê-lo sem atentar contra a incolumidade de outrem, se bem lhe bastasse apenas empregar o farolete, agiu com manifesta imprudência, daí se impondo responsabilizá-lo pelas lesões causadas à vítima”. O réu foi condenado como incurso nas penas do art. 129, § 6.º, do CP, a seis meses de detenção (embora julgada extinta a punibilidade pelo advento da prescrição). Mas, cumpre destacar, há voto vencido, considerando que o erro foi escusável, proferido pelo Juiz Rulli Júnior: “Caçador que atira em vulto imaginando tratar-se de capivara que não era, durante a noite, ferindo companheiro. Aquele que se faz passar por capivara, durante a noite, para fugir da ação da Polícia Florestal, iludindo inclusive o caçador que se acha nas proximidades e deste recebe um tiro, retira do atirador o elemento da previsibilidade indispensável à configuração do tipo penal (art. 129, § 6.º, do CP). Voto de forma divergente, tão-somente para promover a absolvição do apelante A. M. R. da acusação de infração ao art. 129, § 6.º, do CP, com fulcro no art. 386, III, do CPP, ou seja, por não constituir o fato infração penal” (TACrimSP [atual TJSP], Ap. 567.959-0, 2.ª C., rel. Haroldo Luz, 09.08.1990, m. v., RT 663/300).

83. Conceito de elemento constitutivo: trata-se de cada componente que constitui o modelo legal de conduta proibida. No crime de lesão corporal temos os seguintes elementos: ofender + integridade corporal + saúde + outrem. O engano sobre qualquer desses elementos pode levar ao erro de tipo.

84. Tipo legal de crime: trata a lei penal somente do tipo penal incriminador, ou seja, aquele que cuida da definição da conduta proibida, sob ameaça de pena.

85. Permissão para punição por crime culposos: tendo sido excluído o dolo, é preciso verificar se o erro havido não derivou da desatenção ou descuido indevido do agente. Se todos têm o dever de cuidado objetivo, até mesmo para cometer erros é imprescindível analisar se não houve infração a tal dever. Caso o agente tenha agido com descuido patente, merece ser punido pelo resultado danoso involuntário a título de culpa. No exemplo citado: se o caçador, com maior atenção e prudência, pudesse ter evitado o disparo, isso significa ter infringido o dever de cuidado objetivo, o que pode resultar na punição por crime culposos (lesão ou homicídio, conforme o caso).

86. Conceito de descriminantes putativas: *descriminantes* são excludentes de ilicitude; *putativo* é imaginário, suposto, aquilo que aparenta ser verdadeiro. Portanto, as descriminantes putativas são as excludentes de ilicitude que aparentam estar presentes em uma determinada situação, quando, na realidade, não estão. Situação exemplificativa: o agente pensa estar agindo em legítima defesa, defendendo-se de um assalto, por exemplo, quando, em verdade, empreendeu desforço contra um mendigo que, aproximando-se de inopino da janela

de seu veículo, pretendia apenas lhe pedir esmola.

87. Divisão das descriminantes putativas: podem ser de *três espécies*: a) *erro quanto aos pressupostos fáticos de uma causa de exclusão de ilicitude*. Neste caso, o agente, como visto no exemplo supra, pensa estar em *situação* de se defender, porque lhe representa, o assédio do mendigo, um ataque, na verdade inexistente. Ora, sabendo-se que a excludente de ilicitude (legítima defesa) é composta de requisitos, dentre eles a agressão injusta, o erro do agente recaiu justamente sobre esse elemento. Pensou estar diante de um ataque injusto (situação de fato), em realidade inexistente; b) *erro quanto à existência de uma causa excludente de ilicitude*. Pode o agente equivocar-se quanto à existência de uma excludente de ilicitude. Imagine-se que alguém, crendo estar aprovado um novo Código Penal no Brasil, prevendo e autorizando a eutanásia, apressa a morte de um parente desenganado. Agiu em “falsa realidade”, pois a excludente não existe no ordenamento jurídico, por enquanto; c) *erro quanto aos limites de uma excludente de antijuridicidade*. É possível que o agente, conhecedor de uma excludente (legítima defesa, por exemplo), creia poder defender a sua honra, matando aquele que a conspurca. Trata-se de um flagrante excesso, portanto um erro nos limites impostos pela excludente.

87-A. Legítima defesa putativa e embriaguez voluntária ou culposa: ver a nota 17-A ao art. 28.

88. Natureza jurídica das descriminantes putativas: quanto às duas últimas situações (erro quanto à existência ou quanto aos limites da excludente), é pacífica a doutrina, admitindo tratar-se de uma hipótese de erro de proibição, como será visto a seguir. Entretanto, em rela-

ção à primeira situação (erro quanto aos pressupostos fáticos da excludente), não chega a doutrina a um consenso, havendo nítida divisão entre os defensores da *teoria limitada da culpabilidade*, que considera o caso um típico *erro de tipo permissivo*, permitindo a exclusão do dolo, tal como se faz com o autêntico erro de tipo, e os que adotam a *teoria extremada da culpabilidade*, que considera o caso um *erro de proibição*, logo, sem exclusão do dolo. Cremos que, na visão atual do Código Penal, deu-se ao erro quanto aos pressupostos fáticos que compõem a excludente de ilicitude um tratamento de erro de tipo, embora seja, na essência, um erro de proibição. Inserida a hipótese no § 1.º do art. 20 (erro de tipo), bem como delineando-se, claramente, que, havendo erro derivado de culpa, pune-se o agente por delito culposos, é fatal concluir que se cuidou dessa situação tal como se faz no *caput* do artigo com o erro de tipo. Assim, naquele exemplo da legítima defesa, o motorista que, crendo defender-se de um assaltante, usa de força contra o mendigo, está agindo em erro de tipo. Fica excluído o dolo, mas pode ser punido pelo que causar, de maneira inescusável, a título de culpa. A despeito de reconhecermos a posição legal, continuamos adotando a teoria extremada da culpabilidade, ou seja, vemos, nessa hipótese, um autêntico erro de proibição, que foi *tratado* como erro de tipo. O motorista que se engana e agride o mendigo certamente o fez com dolo, exatamente o mesmo dolo que há quando alguém se defende de um marginal, pretendendo lesioná-lo ou até mesmo matá-lo. O seu engano recai sobre a proibição: ele não estava autorizado a agir contra o mendigo, porque este não pretendia assaltá-lo e sim lhe pedir uma ajuda. Logo, dolo houve, embora possa ter sido afetada a sua consciência de ilicitude. E, se erro houve, pode-se fazer um juízo de culpabilidade por fato culposos. A desigual-

dade evidente de tratamento entre as três modalidades de descriminantes putativas, em nosso entender, não deveria existir e todas elas mereceriam o mesmo acolhimento no contexto do erro de proibição. Adotar a teoria limitada da culpabilidade, onde se sustenta a exclusão do dolo, pode trazer consequências indesejáveis, enumeradas por Cezar Roberto Bitencourt: “a) um fato praticado, com erro invencível, afasta o injusto típico, não podendo ser considerado como um fato antijurídico. Nessas circunstâncias, a vítima do erro terá que suportá-lo como se se tratasse de um fato lícito, sendo inadmissível a legítima defesa; b) não seria punível a participação de alguém que, mesmo sabendo que o autor principal incorre em erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, contribui de alguma forma na sua execução. A punibilidade do partícipe é afastada pelo princípio da acessoriedade limitada da participação, que exige que a ação principal seja típica (afastada pela eliminação do dolo) e antijurídica; c) a tentativa não seria punível, nesses casos, pois sua configuração exige a presença do dolo. Mesmo que o erro fosse vencível, o fato ficaria impune, pois os crimes culposos não admitem tentativa” (*Erro de tipo e de proibição*, p. 93).

89. Agente provocador: se um terceiro leva o agente a incidir em erro, deve responder pelo delito. Exemplo real e recente ocorreu no México, durante as filmagens de “La Venganza del Escorpión”, em Cuernavaca, quando o ator mexicano Antonio Velasco foi morto por um disparo efetuado por colega seu. Consta que o ator Flavio Penichedo recebeu da produção um revólver carregado com balas de verdade no lugar das de festim. Desferiu dois tiros e percebeu que o amigo estava ferido. O produtor do filme e um contra-regra estão desaparecidos. Assim, note-se que alguém,

desejando matar o ator Velasco, aproveitando-se da cena de disparo de arma de fogo com balas de festim, substituiu os projéteis por verdadeiros, entregando o instrumento ao outro ator, que, sem saber e não pretendendo *matar alguém*, puxa o gatilho, causando a tragédia. Nessa situação, o terceiro que trocou as balas responderá por homicídio, mas não o ator Penichedo, que foi envolvido em erro. Eventualmente, podem ocorrer outras situações: a) se o ator que recebeu o revólver deveria ter checado a munição, como regra imposta de cautela e não o fez, pode responder por homicídio culposo (é o que se chama de participação culposa em ação dolosa de outrem); b) se quem entregou a arma deveria ter checado os projéteis por segurança, assim como o ator que a recebeu, agiram os dois levianamente e são co-autores em crime culposos; c) se apenas quem entregou a arma deveria checar a munição, mas não o ator que a utiliza, este não é punido (é a típica situação prevista neste parágrafo), mas somente o terceiro que provocou o erro (por dolo ou culpa, conforme o caso).

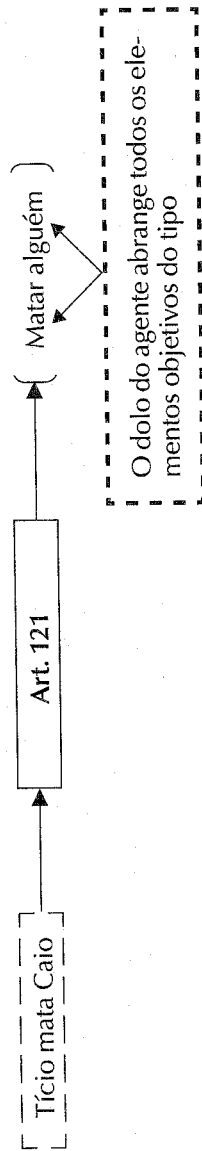
90. Erro essencial e erro accidental: o erro essencial é o que recai sobre elemento constitutivo do tipo penal, levando às soluções já aventadas; o erro accidental é

o que recai sobre elementos secundários ou acessórios dos elementos constitutivos. Portanto, esses acessórios não fazem parte do tipo penal, razão pela qual não se tem configurado o erro de tipo. Exemplo: se o agente, pretendendo furtar uma caneta, leva, em seu lugar, uma lapiseira pertencente à vítima, praticou furto. A qualidade da coisa subtraída é irrelevante, pois o tipo penal do art. 155 do Código Penal protege a “coisa alheia móvel”, pouco importando qual seja. É esse o sentido do § 3.º do art. 20: se o agente, pretendendo matar A, confunde-o com B, alvejando mortalmente este último, responde normalmente por homicídio, uma vez que o tipo penal protege o ser humano, pouco importante seja ele A ou B.

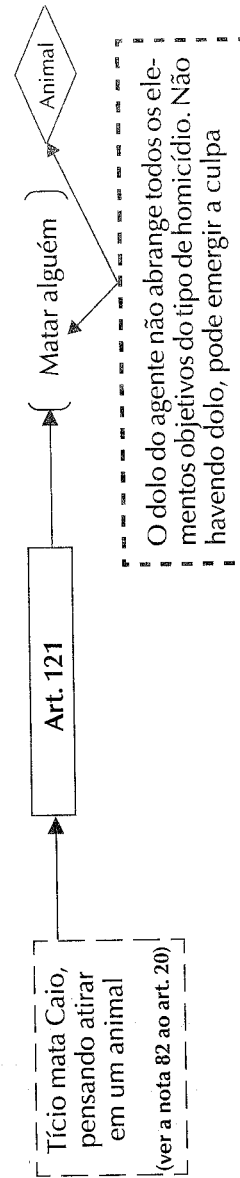
91. Condições ou qualidades da vítima virtual: no caso supramencionado, as condições ou qualidades pessoais levadas em conta para a configuração do delito e sua punição são as da vítima virtual, e não as da vítima real. Ex.: pretendendo matar seu desafeto, o agente atira, em led engano, atingindo seu próprio pai, mas não responderá por parricídio, com a agravante do art. 61, II, e, do Código Penal. Embora tenha morrido seu genitor, a intenção era atingir pessoa estranha.

ERRO DE TIPO x DELITO CONSUMADO SEM ERRO (art. 20)

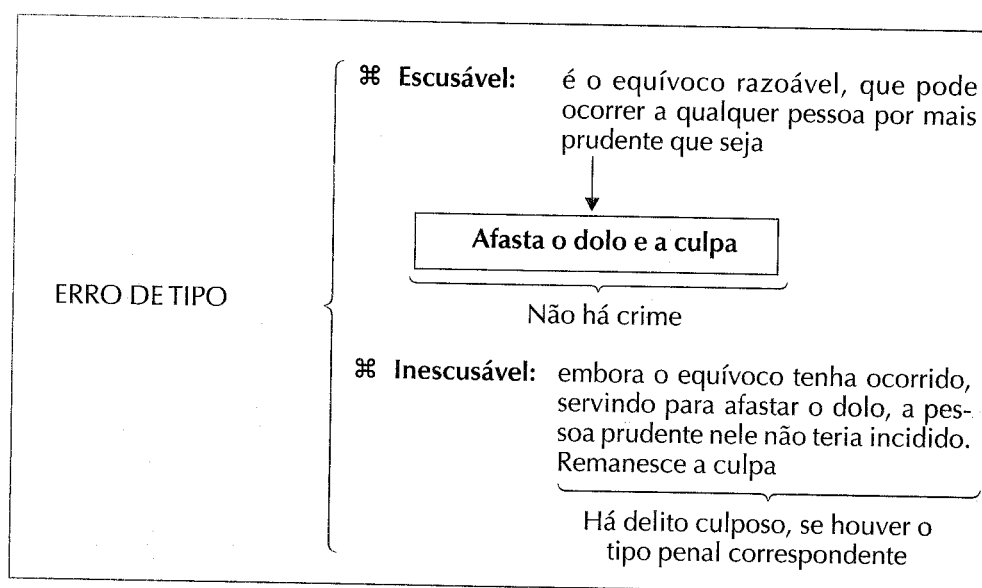
1) Fato típico do delito consumado sem erro



2) Fato sujeito ao erro de tipo



ERRO DE TIPO

Erro sobre a ilicitude do fato^{92-92-A}

Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável.⁹³ O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena;⁹⁴ se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.⁹⁵

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.⁹⁶⁻⁹⁷

92. Conceito de erro de proibição: é o erro incidente sobre a ilicitude do fato. O agente atua sem consciência de ilicitude, servindo, pois, de excludente de culpabilidade. O erro de proibição, até a Reforma Penal de 1984, era considerado apenas uma atenuante, na antiga redação do art. 48, III: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III – a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis”. Agiu bem o legislador ao incluir no rol das excludentes de culpabilidade o erro quanto

à ilicitude do fato, uma vez que é possível o agente desejar praticar uma conduta típica, sem ter noção de que é proibida. Ex.: um soldado, perdido de seu pelotão, sem saber que a paz foi celebrada, mata um inimigo, acreditando ainda estar em guerra. Trata-se de um erro quanto à ilicitude do fato, uma vez que, durante o período de guerra, é lícito eliminar o inimigo.

92-A. Consciência atual e potencial da ilicitude: a ausência de consciência *atual* da ilicitude, que acarreta apenas um erro inescusável, com possibilidade de redução da pena de um sexto e um terço, significa que o agente, no exato momento do desenvolvimento da conduta típica, não tinha condições de compreender o caráter ilícito do fato, embora tivesse potencialidade para tanto, bastando um maior esforço de sua parte. A falta de consciência *potencial* de ilicitude, que provoca a excludente de culpabilidade, significa que o agente não teve, no momento da prática da conduta típica,

noção da ilicitude, nem teria condições de saber, em razão das circunstâncias do caso concreto. Em síntese, para se configurar o erro de proibição escusável, torna-se indispensável que o agente não saiba, nem tenha condições de saber, que o ato praticado é ilícito, ainda que típico. Na jurisprudência: TRF-4.^a Região: “A potencial consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade, que não necessita ser efetiva. Basta que o agente, com algum esforço ou cuidado, saiba que o fato é ilícito” (Ap. 2005.72.00.050844-9-SC, 8.^a T., rel. José Paulo Baltazar Junior, 12.07.2006, v. u., *Boletim AASP* 2.496, p. 1.272, nov. 2006).

93. Extensão da advertência legal a respeito do desconhecimento da lei e diferença do erro quanto à ilicitude: o desconhecimento da lei, isto é, da norma escrita, não pode servir de desculpa para a prática de crimes, pois seria impossível, dentro das regras estabelecidas pelo direito codificado, impor limites à sociedade, que não possui, nem deve possuir, necessariamente, formação jurídica. Aliás, esse é o conteúdo da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3.^o). Portanto, conhecer a norma escrita é uma presunção legal absoluta, embora o conteúdo da lei, que é o ilícito, possa ser objeto de questionamento. A pessoa que, por falta de informação devidamente justificada, não teve acesso ao conteúdo da norma poderá alegar *erro de proibição*. Frise-se que o conteúdo da lei é adquirido através da vivência em sociedade, e não pela leitura de códigos ou do *Diário Oficial*. Atualmente, no entanto, tendo em vista a imensa complexidade do sistema jurídico brasileiro, o *desconhecimento da lei* pode ser invocado pelo réu como atenuante (art. 65, II, CP). Mencione-se, ainda, a lição de Bitencourt: “A *ignorantia legis* é matéria de

aplicação da lei, que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos, enquanto o erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. Não se trata de derrogar ou não os efeitos da lei, em função de alguém conhecê-la ou desconhecer-la. A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal. É exatamente nessa relação – de um lado a norma, em abstrato, plenamente eficaz e válida para todos, e, de outro lado, o comportamento em concreto e individualizado – que se estabelecerá ou não a *consciência da ilicitude*, que é matéria de culpabilidade, e nada tem que ver com os princípios que informam a estabilidade do ordenamento jurídico” (*Erro de tipo e de proibição*, p. 84-85).

94. Erro de proibição escusável ou inevitável: quando o erro sobre a ilicitude do fato é impossível de ser evitado, valendo-se o ser humano da sua diligência ordinária, trata-se de uma hipótese de exclusão da culpabilidade. Ex.: um jornal de grande circulação, na esteira de grande debate anterior acerca do assunto, por engano, divulga que o novo Código Penal foi aprovado e entrou em vigor, trazendo, como causa excludente da ilicitude, a eutanásia. Um leitor, possuindo parente desenganado em leito hospitalar, apressa sua morte, crendo agir sob o manto protetor de uma causa de justificação inexistente. Trata-se de um erro escusável, pois não lhe foi possível, a tempo, constatar a inverdade da informação recebida. Na jurisprudência: o agente foi processado por ter sido surpreendido guardando, em depósito, com finalidade de venda, leite impróprio ao consumo humano. Reconhecendo erro de proibição escusável, diz o relator: TACRIM-SP [atual TJSP]: “O recorrente é pecuarista de pequeno porte,

com instrução primária (f. 96). Vendia leite há 27 anos, inclusive para a Prefeitura local. Também doava leite para instituições de caridade do local, como o 'abrigo São Francisco de Assis de Icem' (f. 121) ou mesmo a pessoas doentes (f. 124). Nunca lhe proibiram de fazê-lo ou lhe advertiram de eventual procedimento higiênico especial obrigatório pela Secretaria da Agricultura. Acrescente-se que todos os produtores de leite da cidade vendiam o produto nas mesmas condições que o apelante (f. 122). É bem possível que ignorasse ou tivesse uma falsa representação da legislação especial penal, como alegado em seu interrogatório" (Ap. 1.237.717/0, Nova Granada, 4.^a C., rel. Marco Nahum, 06.02.2001, v. u.).

95. Erro de proibição inescusável ou evitável: trata-se do erro sobre a ilicitude do fato que não se justifica, pois, se tivesse havido um mínimo de empenho em se informar, o agente poderia ter tido conhecimento da realidade. Ex.: abstendo-se do seu dever de se manter informado, o agente deixa de tomar conhecimento de uma lei, divulgada na imprensa, que transforma em crime

determinada conduta. Praticando o ilícito, não poderá ver reconhecida a excludente de culpabilidade, embora lhe sirva ela como causa de redução da pena, variando de um sexto a um terço.

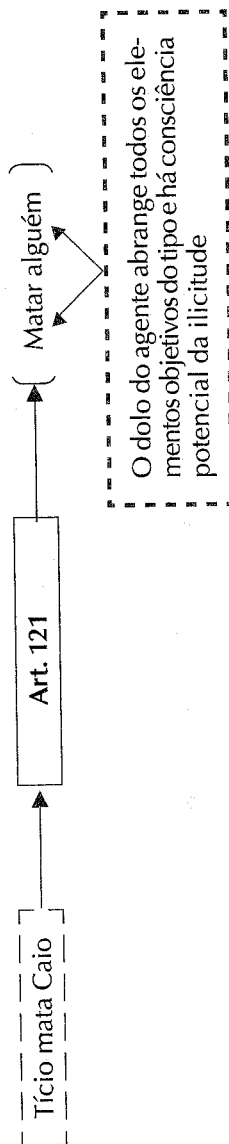
96. Critérios para identificar o erro inescusável ou evitável: a) quando o agente atua com consciência de que está fazendo algo errado; b) quando o agente não possui essa consciência, mas lhe era fácil, nas circunstâncias, obtê-la; c) quando o agente não tem consciência do ilícito, porque, de propósito, não se informou; d) quando não possui essa consciência, não se informando quando deveria tê-lo feito, tendo em vista tratar-se de atividade regulamentada em lei (cf. Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 270).

97. Diferença entre crime putativo e erro de proibição: são hipóteses inversas, pois, no crime putativo, o agente crê estar cometendo um delito (age com consciência do ilícito), mas não é crime; no erro de proibição, o agente acredita que nada faz de ilícito, quando, na realidade, trata-se de um delito.

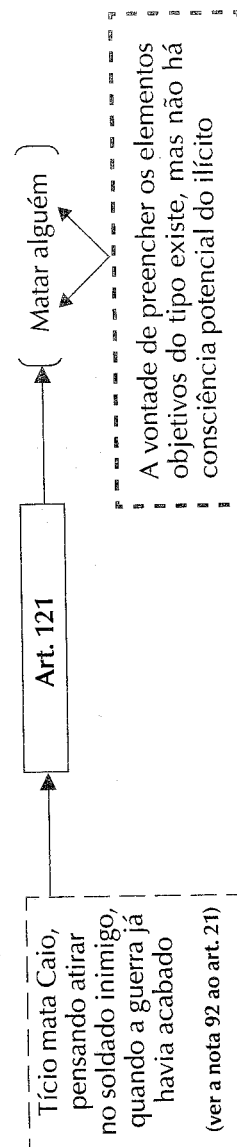
ERRO DE PROIBIÇÃO x DELITO CONSUMADO SEM ERRO

(art. 21)

1) Fato típico do delito consumado sem erro



2) Fato sujeito ao erro de proibição



ERRO DE PROIBIÇÃO

⌘ Escusável:

o agente não tinha noção (consciência atual), nem poderia ter (consciência potencial), diante das circunstâncias fáticas, de estar praticando um ilícito penal

1. **Teoria causalista:** não há dolo, logo não há culpabilidade = inexistente crime

2. **Teoria finalista:** há dolo, mas não há consciência potencial da ilicitude, logo, não há culpabilidade = inexistente crime

⌘ Inescusável:

o agente não tinha noção (consciência atual), mas poderia ter (consciência potencial), de estar cometendo um ilícito penal

Solução única: há culpabilidade, logo existe crime, embora com pena diminuída

ERRO DE PROIBIÇÃO

Coação irresistível e obediência hierárquica⁹⁸⁻⁹⁹

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível¹⁰⁰⁻¹⁰¹ ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico,^{102-102-A} só é punível o autor da coação ou da ordem.¹⁰³⁻¹⁰⁴

98. Conceito de culpabilidade: trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo). Como explica Assis Toledo, “se indagarmos aos inúmeros seguidores da corrente finalista o que é a culpabilidade e onde pode ela ser encontrada, receberemos esta resposta: 1.^a) culpabilidade é, sem dúvida, um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso; 2.^a) esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa” (*Princípios básicos de direito penal*, p. 229-230). O conceito de culpabilidade apresentou significativa evolução, podendo-se mencionar as seguintes principais teorias: 1.^a) psicológica (causalista): culpabilidade é importante elemento do crime, na medida em que representa o seu enfoque subjetivo, isto é, dolo e culpa. Para esta corrente, ao praticar o fato típico e antijurídico (aspectos objetivos do crime), somente se completaria a noção de infração penal se estivesse presente o dolo ou a culpa, que vincularia, subjetivamente, o agente ao fato por ele praticado (aspecto subjetivo do crime). Em suma, culpabilidade é dolo ou culpa. A imputabilidade penal é, apenas, pressuposto de culpabilidade, portanto, somente se analisa se alguém age

com dolo ou culpa, caso se constate ser essa pessoa imputável (mentalmente sã e maior de 18 anos). A teoria psicológica apresenta falhas variadas, embora a principal, em nosso entendimento, seja a inviabilidade de se demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não se faz nenhum juízo de valor sobre a conduta típica e antijurídica. Assim, aquele que é imputável e atua com dolo, por exemplo, ainda que esteja sob coação moral irresistível, poderia ser considerado culpável, o que se afigura ilógico; 2.^a) normativa ou psicológico-normativa (causalista): dando ênfase ao conteúdo normativo da culpabilidade e não simplesmente ao aspecto psicológico (dolo e culpa), acrescentou-se o juízo de reprovação social ou de censura que se deve fazer em relação ao autor de fato típico e antijurídico, quando considerado imputável (a imputabilidade passa a ser elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tiver agido com dolo (que contém a consciência da ilicitude) ou culpa, além de haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do direito. A teoria continua ideal para quem siga os passos do causalismo. No entanto, deslocando-se o enfoque para a corrente finalista (ver o capítulo XIII, item 3 do nosso *Manual de Direito Penal*), deve-se migrar para a teoria que se segue; 3.^a) normativa pura (finalista): a conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade. Logo, ao agir, o ser humano possui uma finalidade, que é analisada, desde logo, sob o prisma doloso ou culposos. Portanto, para tipificar uma conduta – conhecendo-se de antemão a finalidade da ação ou da omissão –, já se ingressa na análise do dolo ou da culpa, que se situam, pois, na tipicidade – e não na culpabilidade. Nessa ótica, culpabilidade é um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato

típico e antijurídico e seu autor, agente esse que precisa ser imputável, ter agido com consciência potencial da ilicitude (esta não mais está inserida no dolo – ver o capítulo XIV, item 1 do nosso Manual) e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o direito. Há quem sustente, em prisma finalista, a incidência do juízo de reprovação social somente sobre o autor – e não igualmente sobre o fato –, devendo o agente ser imputável, ter consciência potencial da ilicitude e por não ter agido de acordo com o direito, quando lhe era possível e exigível tal conduta (por todos, cf. Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, v. 1, p. 304). Preferimos crer que a censura recai não somente sobre o autor do fato típico e antijurídico, mas igualmente sobre o fato. A reprovação é inerente ao que foi feito e a quem fez. Este, por sua vez, deverá ser censurado somente se for imputável, tiver atuado com consciência potencial da ilicitude e com exigibilidade e possibilidade de atuação conforme as regras impostas pelo direito. Em outras palavras, há roubos (fatos) mais reprováveis que outros, bem como autores (agentes) mais censuráveis que outros. Sob outro prisma, para a prática do mesmo roubo (idêntica reprovabilidade), como fato, podem-se censurar diversamente os co-autores, autores do fato, na *medida da sua culpabilidade* (art. 29, parte final, CP). Aliás, a posição que sustentamos, quanto ao conceito de culpabilidade no cenário da teoria do crime, incidindo a reprovação sobre o fato e seu autor, fortalece, quando tornamos ao tema *culpabilidade*, na teoria da pena, a restrição da gradação da censura, para efeito de aplicação de maior ou menor punição, à culpabilidade de fato – e não simplesmente à culpabilidade de autor (cf. Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 235). Verificar o leitor a nota 98-D infra, sobre culpabilidade do fato e

culpabilidade do autor; 4.^a) funcionalista: embora sem consenso, autores denominados pós-finalistas passaram a sustentar um conceito de culpabilidade que se vinculasse às finalidades preventivo-gerais da pena, bem como à política criminal do Estado. Por isso, não poderia fundamentar-se exclusivamente numa concepção naturalística e improvável do livre-arbítrio (poder atuar, ou não, conforme as regras impostas pelo direito). Nas palavras de Günther Jakobs, a culpabilidade representa uma falta de fidelidade do agente com relação ao direito (*Derecho penal – Parte general*, p. 566-567). Essa falta de motivação para seguir as normas jurídicas é um conceito determinado normativamente, e por tal fundamento realiza-se o juízo de culpabilidade. Portanto, analisar se há ou não déficit motivacional por parte do agente, para seguir as normas jurídicas, é tarefa que independe de prova da exigibilidade ou inexigibilidade de poder agir conforme o direito. Deduz-se a infidelidade ao direito sem análise individualizada do agente, mas sob o prisma social, considerando-se os fins da pena. Exemplo: um doente mental, inimputável portanto, não tem condições de se motivar a agir conforme o direito, pois encontra limitação física. Logo, não é culpável, pois incapaz de contestar a validade da norma. Esse afastamento da atuação do livre-arbítrio do ser humano, voltando-se à mera verificação, sob critérios contestáveis, de ter sido o agente *fiel* ou *infiel* às regras jurídicas, de estar *motivado* ou *imotivado*, dentro de uma estrutura socialmente voltada às finalidades preventivas gerais da pena, torna-se incontrolável. Da mesma forma que a infidelidade ao direito pode servista com complacência, garantindo-se, até, por medida de política criminal, a não aplicação da pena, pode também servir a uma análise rigorosa, buscando a aplicação de sanções penais desmedidas, que

possam servir de exemplo à sociedade. A culpabilidade não mais seria analisada sob o prisma individual, deixaria de servir de fundamento *real* para a pena e nem mais poderia ser útil ao *limite* da pena, pois tudo não passaria de critérios ligados à política criminal. Outros autores, como Roxin, criticando a posição de Jakobs, mas sem refutá-la por completo, também não aceitam a concentração da análise da culpabilidade no livre-arbítrio humano (poder ou não agir conforme as regras do direito), pois seria requisito não sujeito à demonstração empírica. Logo, a capacidade humana de culpabilidade, em sua visão, deve ser uma verificação científico-empírica, valendo-se de critérios fornecidos pela psicologia e pela psiquiatria, medindo-se o autocontrole do agente através de dados técnicos e menos abstratos. Sustenta que sua posição prescinde da disputa filosófica e das ciências naturais acerca do livre-arbítrio (*Derecho penal – Parte general*, p. 808). Permanece vinculado ao conceito funcional de culpabilidade como resultado da política criminal do Estado e de uma justificação social para a fixação da pena. Portanto, separa-se do funcionalismo de Jakobs na medida em que defende a culpabilidade como fundamento e limite para a aplicação da pena, a fim de coibir abusos do Estado, que não pode valer-se do indivíduo, ao destinar-lhe uma sanção penal, como mero instrumento de reafirmação dos valores do direito penal (ob. cit., p. 813-814). Permanecemos fiéis à teoria normativa pura, que não nos parece defeituosa; ao contrário, é a única que congrega fatores de valoração com a concreta situação do ser humano e de sua capacidade inegável de agir de acordo com seu livre-arbítrio. Não concordamos com as posições que criticam essa utilização. Por todos, Jakobs diz que colocar o livre-arbítrio como pressuposto geral da culpabilidade, já que ele não comporta prova no caso concreto, fo-

menta um conceito carecedor de dimensão social. A culpabilidade não teria um efeito social, mas somente seria a desvalorização do indivíduo (ob. cit., p. 584-586). Não nos parece seja assim. A possibilidade e a exigibilidade de alguém agir conforme as regras impostas pelo ordenamento jurídico, em nosso entendimento, são perfeitamente comprováveis. Como Schünemann afirma, o livre-arbítrio é uma parte da reconstrução social da realidade, vale dizer, é real (citação de Roxin, ob. cit., p. 809). O julgador tem condições de analisar, pelas provas dos autos, se o agente tinha condições de atuar conforme o direito. E, com certeza, não fará juízo de censura se verificar, dentro dos critérios de razoabilidade, que o autor do injusto optou por interesses e valores mais importantes, no caso concreto, que não poderiam ser desprezados. Exemplificando: se o gerente de um banco tem a família seqüestrada, sob ameaça de morte, ordenando-lhe o seqüestrador que vá ao estabelecimento onde trabalha e de lá retire o dinheiro do cofre, pertencente ao banqueiro. O que poderá fazer? Coagido irresistivelmente, cede e subtrai o dinheiro do patrão para entregar a terceiro. Seu livre-arbítrio poderia tê-lo conduzido a outro caminho? Sem dúvida. Poderia ter-se negado a agir assim, mesmo que sua família corresse o risco de morrer. Seria, no entanto, razoável e justo? Que sociedade teria condições de censurar o pai que salva a vida dos seus filhos, embora tenha optado pelo caminho do juridicamente injusto (furto)? Em suma, é natural supor que o gerente tivesse dois caminhos – aceitar ou não a ordem recebida –, optando pelo respeito às regras jurídicas, que coíbem a subtração de coisa alheia, ou pelo desrespeito das mesmas, justamente por estar em situação de inexigibilidade de conduta diversa. O livre-arbítrio pode levar o agente a subtrair coisa pertencente a terceiro, porém em situação excepcional. A

análise dessa anormalidade pode ser feita por qualquer magistrado, de modo que não há necessidade de se recorrer a critérios normativos ou funcionais, nem ao menos à política criminal. Independe de análise do denominado “déficit motivacional”, pois é patente que o livre-arbítrio encaminhou-se daquela maneira por ausência de outras alternativas razoáveis e justas. A culpabilidade, pois, deve ser um juízo de censura voltado ao imputável, que tem consciência potencial da ilicitude, e, dentro do seu livre-arbítrio (critério da realidade), perfeitamente verificável, opte pelo caminho do injusto sem qualquer razão plausível a tanto. Note-se, pois, que culpabilidade é *fundamento e limite* da pena, integrativa do conceito de *crime*, e não mero *pressuposto* da pena, como se estivesse fora da conceituação. *Pressuposto* é fato ou circunstância considerado antecedente necessário de outro, mas não, obrigatoriamente, elemento integrante. Considerar a culpabilidade como pressuposto da pena é retirar o seu caráter de *fundamento* da pena, pois *fundamento* é base, razão sobre a qual se ergue uma concepção, ou seja, é verdadeiro motivo de existência de algo. Logo, culpabilidade, se presente, fornece a razão de aplicação da pena, e o crime nada mais é do que o fato típico e antijurídico, merecedor de punição, tendo em vista que o tipo incriminador é formado – e isto é inegável – pela descrição de uma conduta, seguida de uma pena (ex.: “Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”, constituindo o homicídio). Portanto, torna-se incabível, em nosso ver, desmembrar a pena da conduta, acreditando que uma subsista sem a outra, no universo dos tipos penais incriminadores, ou seja, no contexto do crime. Um fato típico e antijurídico, ausente a culpabilidade, não é uma infração penal, podendo constituir-se em um ilícito de outra natureza. Sem a reprovação da conduta, deixa

de nascer o crime. Pensar de modo diverso é esvaziar o conceito de delito.

98-A. Culpabilidade formal e culpabilidade material: a culpabilidade formal é a censurabilidade merecida pelo autor do fato típico e antijurídico, dentro dos critérios que a norteiam, isto é, se houver imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade de atuação conforme o direito. Formalmente, a culpabilidade é a fonte inspiradora do legislador para construir o tipo penal na parte sancionadora. Surgindo um tipo penal incriminador inédito, quais serão os limites mínimo e máximo de punição? De acordo com o grau abstrato de censura, estabelece a lei, por exemplo, reclusão de 1 a 5 anos. Porém, a culpabilidade material é a censura realizada concretamente, visualizando-se o fato típico e antijurídico e conhecendo-se o seu autor, imputável, com consciência potencial do ilícito e que, valendo-se do seu livre-arbítrio, optou pelo injusto sem estar fundado em qualquer causa de exclusão da culpabilidade, por fatores de inexigibilidade de conduta diversa. Serve, então, a culpabilidade material a fundamentar a pena, auxiliando o juiz, na etapa seguinte, que é atingir o seu limite concreto.

98-B. Conceito de co-culpabilidade: trata-se de uma reprovação conjunta que deve ser exercida sobre o Estado, tanto quanto se faz com o autor de uma infração penal, quando se verifica não ter sido proporcionada a todos igualdade de oportunidades na vida, significando, pois, que alguns tendem ao crime por falta de opção. Esclarecem Zaffaroni e Pierangeli que “há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação

de culpabilidade”. Assim, deveria haver a aplicação da atenuante inominada do art. 66 (*Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 613). Não nos parece correta essa visão. Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros “co-culpáveis” na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal, vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente *relevantes* para aplicar a atenuante. Há de existir uma causa efetivamente importante, de grande valor, pessoal e específica do agente – e não comum a inúmeras outras pessoas, não delinquentes, como seria a situação de pobreza ou o descaso imposto pelo Estado –, para implicar na redução da pena. Ressalte-se que os próprios autores que defendem a sua aplicação admitem não possuir essa circunstância sustentação expressa no texto legal do Código Penal (ob. cit., p. 839). Aliás, sobre a inadequação da denominada co-culpabilidade para atenuar a pena, diz Von Hirsch que, “se os índices do delito são altos, será mais difícil tornar a pobreza uma atenuante que diminua o castigo para um grande número de infratores. Recorrer a fatores sociais pode produzir justamente o resultado oposto: o ingresso em considerações de risco que ainda piorem a situação dos acusados pobres. (...) Não seria fácil, nem mesmo em teoria, determinar quando

a pobreza é suficientemente grave e está suficientemente relacionada com a conduta concreta para constituir uma atenuante” (*Censurar y castigar*, p. 154 e 165).

98-C. Tipo positivo de culpabilidade e tipo negativo de culpabilidade: cuida-se de uma proposta de um tipo total de culpabilidade, idealizado por Jakobs, na teoria funcionalista, estabelecendo, quanto ao tipo positivo de culpabilidade, que esta pressupõe o injusto e o autor somente pode ser responsável pelo déficit de motivação jurídica se, ao cometer o referido injusto, tiver condições de questionar a validade da norma (imputabilidade). Por outro lado, quanto ao tipo negativo de culpabilidade, calca-se na atuação do agente fundada em ânimo exculpante ou em contexto exculpante. O injusto praticado não será considerado culpável se o autor estava envolvido em situação de desgraça, que retirou sua motivação para seguir os parâmetros impostos pela norma (*Derecho penal – Parte general*, p. 598-601).

98-D. Culpabilidade do fato e culpabilidade do autor: a culpabilidade é o elemento essencial, moral e ético, que serve de ligamento entre crime e pena, justamente por estar presente nos dois cenários: é imprescindível para a constatação do crime, mas também para a aplicação da pena. Em outros termos, é o fundamento e o limite da pena. Cometido o fato típico e antijurídico, para verificarmos se há crime, é imperioso constatar a existência de reprovabilidade do fato e de seu autor, devendo este ser imputável, agir com consciência potencial de ilicitude (para os causalistas, inclui-se, também, ter atuado com dolo ou culpa) e com exigibilidade e possibilidade de um comportamento conforme o direito. Reconhecida a censurabilidade do injusto (fato típico e antijurídico), encontramos o *crime*,

logo, impõe-se a condenação. Passa-se, a partir desse ponto, ao contexto da aplicação da pena, tornando-se à análise da culpabilidade, aliás, expressamente mencionada no art. 59 do Código Penal, para encontrar-se a justa medida da pena. Entretanto, agora está ela despida de outros elementos específicos, significando apenas o grau de censura merecido pelo agente em face do que fez. Nesse ponto, em especial, para que não se julgue o ser humano apenas pelo que ele é ou pela sua conduta de vida, devemos voltar os olhos ao que fez. Em nossa obra *Individualização da pena*, deixamos claro que o direito penal do Estado Democrático de Direito necessita valer-se, primordialmente, da culpabilidade do fato, sem perder de vista a culpabilidade do autor, como ponto secundário de apoio. Em outras palavras, o particular modo de agir e pensar do agente, que desabrocha na análise da personalidade, traduz uma forma de censura ao fato e ao seu autor. Entretanto, tal reprovação não pode transbordar as fronteiras do fato praticado. Ninguém deve ser culpado ou ter sua pena elevada por conta de uma conduta de vida ou por eventuais características negativas de personalidade. Porém, se essa faceta negativa de sua personalidade impulsioná-lo ao crime, sem dúvida, o juiz deve considerá-la para mensurar a pena. Exemplificando: o sujeito agressivo, que vive arrumando confusão e provocando pessoas que nada lhe fazem, quando efetivamente lesionar a integridade corporal de outrem, até mesmo matando alguém, precisa receber maior pena, pois a censurabilidade do que fez é mais grave. Não fosse assim, o termo *personalidade* – encontrado no Código Penal e em leis especiais, para utilização em vários momentos – perderia a razão de ser. O mesmo sujeito agressivo, no entanto, caso cometa um estelionato, não deve ter a sua personalidade, nesse ponto, levada em conta, pois ser agressivo

não se relaciona com o delito patrimonial, não violento, praticado. Se o julgador assim fizer, estará utilizando, primordialmente, a culpabilidade do autor, olvidando a culpabilidade do fato. No primeiro exemplo (o agressivo que lesa ou mata), se tiver sua pena aumentada, levou-se em consideração a culpabilidade do fato, ou seja, a lesão corporal ou o homicídio torna-se mais grave, possibilitando pena mais elevada, porque não soube o autor controlar esse aspecto negativo de sua personalidade (agressividade). Evitando-se a confusão de termos, preferimos considerar que, para a aplicação da pena, o juiz deve levar em conta a *culpabilidade do fato: analisa-se o que foi praticado* à luz da personalidade do agente. Se algum lado negativo desta se aplicar ao crime, sua pena será aumentada. Do contrário, não. Logicamente, pode-se usar algum aspecto positivo da personalidade do agente, quando ligado ao fato praticado, para reduzir sua pena (ex.: por ser extremamente caridoso, termina por furtar, destinando todo o montante auferido a um orfanato, que se encontra em sérias dificuldades financeiras). Caso usássemos a culpabilidade do autor, como meta principal, pouco interessaria o que foi feito. Qualquer aspecto negativo da personalidade serviria para o aumento da pena. Essa posição é injusta, pois ninguém é perfeito, apresentando um modo de agir corretíssimo, sem qualquer desvio de conduta. Portanto, se alguém comete um crime que não se relaciona a determinado aspecto negativo da sua personalidade, não deve ser julgado pelo que é, mas pelo que fez, à luz do que é. Todos somos imperfeitos. Temos aspectos positivos e negativos de personalidade. Quando o art. 59 do Código Penal – e vários outros dispositivos em relação a outros institutos – faz incluir a análise da personalidade para a aplicação da pena, quer demonstrar o seguinte: o aspecto negativo, que se torna incontrolável,

impulsionando o agente ao delito, deve ser ponderado na fixação da pena. Não quer significar que todos os defeitos de conduta devem ser levados em consideração. Fosse assim e não existiria pena mínima, pois, como dissemos, ninguém é santo. O tema está longe de atingir um consenso. O que não se pode afirmar, em hipótese alguma, é ter o Código Penal assumido, claramente, qual o modo pelo qual se deve encarar a culpabilidade, no momento de fixação da pena. Afinal, a personalidade do agente deve ser vista à vontade pelo juiz, dissociada do fato praticado, ou deve ser encarada no contexto do crime cometido exclusivamente? A lei penal não responde a tal indagação. Preferimos sustentar a segunda opção, vale dizer, a personalidade deve ser analisada sob o enfoque da infração penal materializada. Consagra-se um direito penal condizente com o Estado Democrático de Direito, pois ninguém será julgado pelo que é, repita-se, mas pelo que fez, em virtude do que é. Por derradeiro, não se deve confundir a discussão envolvendo *culpabilidade do fato* e *culpabilidade do autor* com o princípio penal da culpabilidade, que diz respeito a não poder existir crime sem ter o agente atuado com dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*), ou seja, busca evitar a consagração da responsabilidade penal objetiva.

99. Conceitos de coação irresistível e obediência hierárquica: são causas de exclusão da culpabilidade e se situam no contexto da inexigibilidade de conduta diversa. O direito não pode exigir das pessoas comportamentos anormais ou heróicos, pretendendo que a lei penal seja aplicada cegamente, sem uma análise minuciosa da situação concreta na qual se vê envolvido o agente de um injusto (fato típico e anti-jurídico). Assim, havendo coação moral insuportável, não é exigível que o coato resista bravamente, como se fosse um au-

tômato cumpridor da lei. O mesmo se diga da obediência hierárquica, pois, havendo uma ordem do superior para o subordinado, dificilmente se pode exigir deste último que questione o autor da determinação. A lei não definiu, nem apresentou os elementos componentes das duas excludentes, restando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de fazê-lo. A coação irresistível, referida no artigo, é a coação moral, uma vez que a coação física afeta diretamente a voluntariedade do ato, eliminando, quando irresistível, a própria conduta. Trata-se de uma grave ameaça feita pelo coator ao coato, exigindo deste último que cometa um crime contra terceira pessoa, sob pena de sofrer um mal injusto e irreparável. Quanto à obediência hierárquica, é a ordem de duvidosa legalidade dada pelo superior hierárquico ao seu subordinado, para que cometa um delito, sob pena de responder pela inobservância da determinação.

100. Elementos da coação moral irresistível: são cinco requisitos: a) *existência de uma ameaça* de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; b) *inevitabilidade do perigo* na situação concreta do coato; c) *ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas*. Se não se tratar de pessoas intimamente ligadas ao coato, mas estranhos que sofram a grave ameaça, caso a pessoa atue, para proteger quem não conhece, pode-se falar em inexigibilidade de conduta diversa, conforme os valores que estiverem em disputa; d) *existência de, pelo menos, três partes envolvidas*, como regra: o coator, o coato e a vítima; e) *irresistibilidade da ameaça* avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato, concretamente. Portanto, é fundamental buscar, para a configuração dessa excludente, uma intimidação forte o suficiente para vencer a resistência do ho-

mem normal, fazendo-o temer a ocorrência de um mal tão grave que lhe seria extraordinariamente difícil suportar, obrigando-o a praticar o crime idealizado pelo coator. Por isso, costuma-se exigir a existência de três partes envolvidas: o coator, que faz a ameaça; o coato, que pratica a conduta injusta; a vítima, que sofre o dano. Exemplo que, lamentavelmente, tem-se tornado comum atualmente: um gerente de banco tem sua família seqüestrada, sob ameaça de morte, para obrigá-lo, acompanhando um dos integrantes de uma quadrilha, a abrir o cofre do estabelecimento bancário e entregar o dinheiro aos ladrões. Apesar de o gerente ter praticado um fato típico (art. 155, CP) e ilícito (não há excludente de antijuridicidade em seu favor), não pode ser punido, pois inexigível, de sua parte, conduta diversa. Elimina-se, pois, a culpabilidade. Vale mencionar, ainda, outro exemplo interessante de coação moral irresistível: “Conta-se que Rosamunda, a esposa de Alboin, rei dos *Langobardos*, utilizou o seguinte procedimento para induzir ao assassinato (por razões que, ainda que fossem compreensíveis, não vêm ao caso aqui) de seu marido: ocupou, sem ser reconhecida, o lugar de concubina de um dos vassalos do rei; com isso lhe surpreendeu, apesar de que este estava desprevenido e não tinha razão alguma para suspeitar de algo. Quando se deu por conta depois do coito diante do vassalo, que estava completamente surpreendido, resumiu a situação da seguinte maneira: (...) O vassalo queria realizar um ato completamente adequado do ponto de vista social, e nenhuma pessoa razoável, em seu lugar, poderia suspeitar de algo mau, mas apesar disso não pôde se distanciar da barbaridade de ter mantido relações sexuais com a esposa do rei, já que na sociedade em que ocorre esta lenda faz parte das condições imprescindíveis para poder instalar-se na realidade que não se

produzam tais desajustes do ordenamento estabelecido. Se de todas as maneiras se produz esse desajuste, rei e vassalo já não podem continuar vivendo juntos sobre a face da Terra” (Günther Jakobs, *Fundamentos do direito penal*, p. 50-51). Assim, o vassalo matou o rei, sob coação moral irresistível exercida pela rainha, que o ameaçou de contar ao soberano a relação sexual mantida por ambos, embora por engano. Em verdade, a rainha utilizou o vassalo para assassinar o esposo. O serviçal jamais poderia negar o pleito que lhe foi formulado, atuando em situação de inexigibilidade de conduta diversa.

101. Existência de apenas duas pessoas na coação moral irresistível: a despeito da predominância da tese oposta (haver pelo menos três partes envolvidas), a jurisprudência tem aceitado, em casos excepcionais, a configuração da excludente com somente duas partes: o coator e o coato. Nesse caso, o coator seria a própria vítima. A grave e injusta ameaça exercida pelo coator contra a pessoa do coato seria tão intensa e difícil de suportar que ele se voltaria contra o próprio coator, matando-o, por exemplo. Note-se que a intenção do coator não seria obrigar o coato a realizar qualquer ato contra terceiro, mas seria infligir um mal futuro qualquer que atingiria o próprio coato. Este, no entanto, não estaria em legítima defesa, por ausência de agressão atual ou iminente, mas encontrar-se-ia em situação desesperadora, causada pelo coator, contra quem terminaria agindo, para livrar-se da situação de agonia. Exemplo do STF: “O quesito que propõe a vítima como agente da coação moral irresistível não delira da lógica jurídica, nem apresenta coação absurda em tese” (HC 62.982-2, rel. Francisco Rezek, RT 605/380). Por outro lado, precedentes do Superior Tribunal de Justiça mostram que, eventualmente, a coação pode não vir

diretamente do coator, mas sim da própria sociedade, com seus costumes e padrões rígidos: STJ: “Técnicamente não há dúvida, a coação pressupõe coator e coacto. Entretanto, o Tribunal do Júri é soberano. Vários precedentes indicam, como coator, a sociedade, que, através da sua cultura, exigiria reação violenta do coagido, no caso o réu. Exemplificativamente, nos crimes passionais, onde, em determinadas regiões, a própria sociedade exige que o traído sentimentalmente deve praticar determinados atos, sob pena de receber qualificativos desairosos no ambiente em que mora” (REsp 5.329-0-GO, 6.ª T., rel. José Cândido, 31.08.1992, v. u. – embora antigo, mantivemos a referência ao julgado, pois a situação é rara e peculiar).

102. Elementos da obediência hierárquica: são cinco requisitos: a) *existência de uma ordem não manifestamente ilegal*, ou seja, de duvidosa legalidade (essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição); b) *ordem emanada de autoridade competente* (excepcionalmente, quando se cumpre ordem de autoridade incompetente, pode se configurar um “erro de proibição escusável”); c) *existência, como regra, de três partes envolvidas*: superior, subordinado e vítima; d) *relação de subordinação hierárquica* entre o mandante e o executor, em direito público. Não há possibilidade de se sustentar a excludente na esfera do direito privado, tendo em vista que somente a hierarquia no setor público pode trazer graves consequências para o subordinado que desrespeita seu superior (no campo militar, até a prisão disciplinar pode ser utilizada pelo superior, quando não configurar crime: CPM, art. 163: “Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena

– detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave”); e) *estrito cumprimento da ordem*. Neste último caso, cremos que, em se tratando de ordem de duvidosa legalidade, é preciso, para valer-se da excludente, que o subordinado fixe os exatos limites da determinação que lhe foi passada. O exagero descaracteriza a excludente, pois se vislumbra ter sido exigível do agente outra conduta, tanto que extrapolou o contexto daquilo que lhe foi determinado por sua própria conta – e risco. Registre-se, nesse sentido, o disposto no Código Penal Militar: “Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há *excesso nos atos ou na forma da execução*, é punível também o inferior” (art. 38, § 2.º, grifo nosso).

102-A. Análise da legalidade da ordem: ao verificar se a ordem dada pelo superior foi legal, ilegal ou de duvidosa legalidade (somente esta última justifica a excludente da obediência hierárquica), deve-se checar, dentre outros fatores, a proporcionalidade entre o comando dado e o resultado a ser atingido. Por vezes, uma ordem soa legal, na aparência, porém, confrontando-a com os efeitos gerados, percebe-se a inviabilidade de seu atendimento. Confira-se no seguinte exemplo concreto: um motorista de ambulância alegou obediência hierárquica para não prestar socorro à vítima, após solicitação de policiais militares, afirmando que somente poderia fazê-lo com autorização superior. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não reconheceu a excludente afirmando que “a orientação verbal [de não transportar pessoas sem autorização superior] não pode sobrepor-se à lei na hierarquia de valores do motorista de ambulância, pois ele presta um serviço de utilidade pública, ambulância é transporte próprio para socorrer pessoas em emergências, com problemas de saúde, podendo, inclusive, estar sob risco de vida,

como o caso. A finalidade da orientação da Secretaria não foi a de negar a assistência e socorro como fez o réu (...). A ordem, mesmo sob a forma de orientação, é manifestamente ilegal, logo não sustenta a excludente de culpabilidade” (TJRS, Ap. 70003697117, 3.^a C., rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, 05.09.2002, v. u.). Foi condenado por omissão de socorro, com resultado morte (art. 135, parágrafo único, CP).

103. Punição do coator ou do autor da ordem: poderá responder somente pelo resultado lesivo produzido pelo coato ou pelo subordinado, embora também possa responder, em concurso formal, pela coação exercida contra o coato (“Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: (...) b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso” – art. 1.º, Lei 9.455/97, que define os crimes de tortura) ou pelo abuso cometido contra o subordinado (arts. 167 a 176 do Código Penal Militar).

104. Inexigibilidade de conduta diversa: há intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da aceitação da *inexigibilidade de outra conduta* como tese autônoma, desvinculada das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica. Creemos ser perfeitamente admissível o seu reconhecimento no sistema penal pátrio. O legislador não definiu *culpabilidade*, tarefa que restou à doutrina, reconhecendo-se, praticamente à unanimidade, que a exigibilidade e possibilidade de conduta conforme o direito é um dos seus elementos. Ora, nada impede que de dentro da culpabilidade se retire essa tese para, em caráter excepcional, servir para excluir a culpabilidade de agentes que tenham praticado determinados injustos. É verdade que a *inexigibilidade de conduta diversa*

faz parte da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, embora se possa destacá-la para atuar isoladamente. Narra Odin Americano os casos concretos que primeiramente deram origem à tese, no início do século XX, na Alemanha. Primeiro caso ocorrido: *Leinenfänger* (cavalo indócil que não obedece às rédeas): “O proprietário de um cavalo indócil ordenou ao cocheiro que o montasse e saísse a serviço. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, se o animal disparasse, quis resistir à ordem. O dono o ameaçou de dispensa caso não cumprisse o mandado. O cocheiro, então, obedeceu e, uma vez na rua, o animal tomou-lhe as rédeas e causou lesões em um transeunte. O Tribunal alemão absolveu o cocheiro sob o fundamento de que, se houve previsibilidade do evento, não seria justo, todavia, exigir-se outro proceder do agente. Sua recusa em sair com o animal importaria a perda do emprego, logo a prática da ação perigosa não foi culposa, mercê da inexigibilidade de outro comportamento”. Outro caso, também na Alemanha: *Klaperstorch* (cegonha que traz os bebês), ocorrido num distrito mineiro alemão: “A empresa exploradora de uma mina acordou com os seus empregados que, no dia do parto da esposa de um operário, este ficaria dispensado do serviço, sem prejuízo de seus salários. Os operários solicitaram da parteira encarregada dos partos que, no caso de nascimento verificado em domingo, declarasse no Registro Civil que o parto se verificara em dia de serviço, ameaçando-a de não procurar seu mister se não os atendesse. Temerosa de ficar sem trabalho, a parteira acabou em situação difícil, por atender à exigência, e tornou-se autora de uma série de declarações falsas no Registro de Nascimento”. Foi absolvida, por inexigibilidade de conduta diversa (*Da culpabilidade normativa*, p. 348-349). Pode-se admitir, portanto, que em certas situações extremadas, quando não

for possível aplicar outras excludentes de culpabilidade, a *inexigibilidade de conduta diversa* seja utilizada para evitar a punição injustificada do agente. Convém mencionar, pela importância que o tema exige, o ensinamento de Assis Toledo: “A inexigibilidade de outra conduta é, pois, a primeira e mais importante causa de exclusão da culpabilidade. E constitui verdadeiro princípio de direito penal. Quando aflora em preceitos legislados, é uma causa legal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de normas expressas a respeito” (*Princípios básicos de direito penal*, p. 328). E também a precisa lição de Baumann: “Se se admite que as causas de exclusão da culpabilidade reguladas na lei se baseiem no critério da inexigibilidade, nada impede que, por via da analogia jurídica, se postule a inexigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade” (*Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema*, p. 70-71). Em igual prisma, defende Marco Antonio Nahum que “no Brasil, reconhecida taxativamente a lacuna do sistema jurídico quanto às hipóteses de *inexigibilidade*, há que se admiti-la como causa supralegal e excludente de culpabilidade, sob pena de não se poder reconhecer um pleno direito penal da culpa” (*Inexigibilidade de conduta diversa*, p. 98).

Exclusão da ilicitude¹⁰⁵⁻¹⁰⁸

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;¹⁰⁹

II – em legítima defesa;¹¹⁰

III – em estrito cumprimento de dever legal^{111-111-A} ou no exercício regular de direito.^{112-113-A}

Excesso punível¹¹⁴

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.^{115-115-A}

105. Conceito de ilicitude (antijuridicidade): é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito), bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado). Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, “a antijuridicidade é uma, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal, porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica” (*Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 573). No mesmo prisma encontra-se a lição de Muñoz Conde, mencionando como exemplos a falsificação da assinatura de uma personalidade famosa por puro passatempo ou a confecção de um título de crédito com finalidade didática. Tais situações não constituem, *materialmente*, uma ação antijurídica, pois não colocam em risco o bem jurídico protegido (*Derecho penal – Parte general*, p. 337). Pensamos que, nessa hipótese, não se pode utilizar a teoria da atipicidade material (ver nota 27, h, ao art. 14), tendo em vista que a conduta não é socialmente adequada (aceita por consenso pela sociedade). Mas reconhece-se a licitude das condutas exemplificadas por ausência de lesão concreta a qualquer bem jurídico tutelado.

106. Excludentes de ilicitude: se presente uma das causas relacionadas no art. 23 do Código Penal, está-se afastando um dos elementos do crime, que é a contrariedade da conduta ao direito. Ensina Maggiore que o conceito de justificação não é particular

e exclusivo do direito penal, pertencendo ao direito em geral, tanto público como privado, pois é faculdade do ordenamento jurídico decidir se uma relação determinada é contrária ao direito ou está de acordo com ele. A excludente de antijuridicidade torna lícito o que é ilícito (*Derecho penal*, v. 1, p. 387-388). É possível que a ilicitude seja lançada dentro do tipo penal, como ocorre, por exemplo, no caso do crime de invasão de domicílio (“Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, *ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito*, em casa alheia ou em suas dependências” – art. 150, CP, grifo nosso). Assim ocorrendo, quando alguém entra em casa alheia *com consentimento do dono*, está praticando fato atípico, tendo em vista que a concordância do morador elimina um dos elementos do tipo penal – ainda que se esteja tratando, na essência, de ilicitude. Do contrário, quando a excludente está fora do tipo, a conduta pode ser considerada típica, mas não será antijurídica, tal como acontece com o agente que mata em legítima defesa.

106-A. Classificação das excludentes de ilicitude: como demonstra o quadro esquemático (conferir após a nota 138 infra), as excludentes de ilicitude podem ser divididas da seguinte forma: a) previstas na Parte Geral do Código Penal e válidas, portanto, para todas as condutas típicas estabelecidas na Parte Especial ou em leis penais especiais: a1) estado de necessidade (arts. 23, I, e 24); a2) legítima defesa (arts. 23, II, e 25); a3) estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III); a4) exercício regular de direito (art. 23, III); b) previstas na Parte Especial do Código Penal e válidas, apenas, para alguns delitos. Exemplo: aborto necessário (art. 128, I, CP); c) previstas em legislação extrapenal. É interessante destacar que essas excludentes podem constituir modalidades específicas de estado de necessidade, legítima

defesa, cumprimento de dever ou exercício de direito, mas que se voltam a situações peculiares, descritas em leis não penais. Se não existissem, seria possível que o crime se concretizasse, pois a excludente penal não seria cabível ao caso. Exemplo disso é a legítima defesa prevista no Código Civil (art. 1.210, § 1.º). *In verbis*: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou *restituir-se por sua própria força*, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de *desforço*, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (grifo nosso). O Código Penal prevê a hipótese de utilização da legítima defesa apenas em caso de agressão atual (presente) ou iminente (futuro próximo), mas jamais em situação de agressão que já cessou (vide a nota 134 ao art. 25). Entretanto, o Código Civil é mais flexível e admite a busca da *restituição*, mediante o emprego de força, do que já foi tomado, embora com moderação. Fala-se no Código Civil em *desforço*, cujo significado é *vingança ou desforra*. Logo, a lei civil autoriza que o possuidor, embora já tenha perdido, por esbulho, o que é seu, retome o bem usando a força. Essa amplitude não existe no contexto penal. Aquele que for agredido, ainda que logo após, não pode *vingar-se*. Aquele que foi furtado, por exemplo, não pode invadir a casa do autor da subtração e de lá retirar, à força, o que lhe pertence – seria exercício arbitrário das próprias razões; d) consentimento do ofendido, que é excludente supralegal (não prevista expressamente em lei), consistente no desinteresse da vítima em fazer valer a proteção legal ao bem jurídico que lhe pertence.

106-B. Excludente de ilicitude e permanência do crime: os pressupostos fáticos que sustentam a excludente de ilicitude devem durar durante todo o tempo em que o crime se consumar, mormente quando

se trata de delito permanente. Portanto, exemplificando, se alguém coloca em cárcere privado uma testemunha, que iria mentir em juízo, essa privação somente encontraria justificativa até que a audiência ocorresse, em razão de eventual legítima defesa ou estado de necessidade. Após a audiência, não haveria mais como sustentar a licitude do cárcere privado.

107. Consentimento do ofendido: trata-se de uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda. Não se trata de matéria de aceitação pacífica, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Entretanto, pode-se observar que a maioria tem perfilhado o entendimento de que se trata de excludente de ilicitude aceitável, embora não prevista expressamente em lei. Acolhendo a tese, escreve Frederico Marques que, “quando surge o consenso, em relação a determinados bens deixa de subsistir a situação de fato em relação à qual deve entrar em vigor a norma penal, o que acontece naqueles casos em que o interesse do Estado não seja tal que prescindida da vontade do particular. É que, em ocorrendo tais situações, o interesse público do Estado não pode exigir mais do que isto: que os bens individuais não sejam atingidos contra a vontade dos respectivos sujeitos. O interesse estatal se identifica com a conservação de bens individuais enquanto esta corresponda à vontade do titular; conseqüentemente, esses bens não podem ser tidos como lesados quando o respectivo sujeito manifestou sua vontade em sentido favorável à lesão” (*Tratado de direito penal*, v. 2, p. 189). E, ratificando esse entendimento, Salgado Martins leciona que “as causas ilidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da

lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é, à luz de critérios sociológicos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situam antes do Direito ou, de certo modo, fora do âmbito estrito do Direito positivo” (*Direito penal – Introdução e parte geral*, p. 179). Há vários penalistas que, embora acolhendo o consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, ressaltam que tal somente pode ocorrer quando os bens forem considerados *disponíveis*, enumerando-os. Nessa ótica, diz Fragoso que “o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico *indisponível*, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo. A honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos, o patrimônio são bens disponíveis. A vida e a administração pública, por exemplo, são bens irrenunciáveis ou indisponíveis. A nosso ver a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina” (*Lições de direito penal*, p. 193). No mesmo prisma: Paulo José da Costa Jr. (*Direito penal – Curso completo*, p. 109); Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Direito penal – Parte geral*, p. 275). cremos, igualmente, que o consentimento somente pode se dar quando se tratar de bens disponíveis (ver a nota abaixo, cuidando dos requisitos da excludente), embora preframos não elaborar uma relação daqueles que são disponíveis e dos que são indisponíveis, pois somente a evolução dos costumes e dos valores na sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado. Atualmente, somente para exemplificar, vem sendo discutida a possibilidade legal de se autorizar a ortotanásia (consentimento do paciente terminal em antecipar sua morte, quando está enganado pela medicina). Antes mesmo de se aprovar lei nesse sentido, seria cabível

punir o provocador da morte do paciente que opta por esse caminho em vez de sofrer desmedidamente, por tempo indeterminado? Nota-se, pois, que somente o caso concreto poderia determinar a melhor solução para o caso, sem que se fixe, de antemão, ser a vida, sempre, bem indisponível. Pela importância da decisão, vinculada ao tema ora exposto, convém mencionar a edição da Resolução n. 1.805, de 9 de novembro de 2006, do Conselho Federal de Medicina (a referida Resolução encontra-se suspensa por decisão liminar do MM. Juiz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública 2007.34.00.014809-3, da 14.^a Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal): “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal” (DOU 28.11.2006, Seção I, p. 169). É certo que uma mera *resolução* do Conselho Federal de Medicina não tem o condão de modificar a lei penal, autorizando, pois, a ortotanásia. Mas evidencia, certamente, uma mudança nítida de mentalidade. Consagra-se, no meio médico, não ser o bem jurídico *vida* indisponível em *qualquer situação*. Acompanharão os juristas o mesmo entendimento? Pensamos que, nessas situações, em grande parte camuflada a decisão da família, e mesmo do enfermo, nem mesmo chegará o caso ao conhecimento do Poder Judiciário. Porém, se porventura atingir o registro da ocorrência, por intermédio de algum familiar inconformado com o caminho tomado, haverá de ser debatida a questão do consentimento do ofendido, como excludente suprallegal de exclusão da ilicitude. Em

ampla abordagem do consentimento do ofendido, Aníbal Bruno não deixa de mencionar a importância dos costumes na avaliação da ilicitude do fato. Como regra, diz o autor, a integridade física e a saúde são bens jurídicos indisponíveis, mas, em determinadas situações, o consentimento do ofendido pode ter poder discriminante, desde que a lesão não ponha em perigo a vida ou não afronte a capacidade do indivíduo como valor social (*Direito penal – Parte geral*, t. 2, p. 22). Consulte-se, ainda, a precisa monografia de José Henrique Pierangeli, *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. Em sentido contrário, posiciona-se minoria da doutrina, entre os quais destacam-se Soler (*Derecho penal argentino*, t. I, p. 303-307) e Néelson Hungria, professando que “só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico *renunciável* ou *disponível*, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de *livre disponibilidade* de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *jus positum* em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre projetista” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 269). Nesse contexto, Hungria está criticando o projeto redigido por Alcântara Machado, que havia previsto expressamente o consentimento do ofendido como excludente de ilicitude. Os exemplos dados pelo autor do referido projeto, justificadores da excludente, foram da lesão havida na prática desportiva e do crime de dano. E, para tanto, Néelson Hungria diz que a lesão no esporte não passa de *exercício regular de direito*, pois regulado pela própria lei do Estado, além do que, se houver morte ou lesão grave, o fato somente poderia deixar de ser punido pela ausên-

cia de culpabilidade. No tocante ao delito de dano, menciona que o consentimento está ínsito ao tipo penal, visto ser crime patrimonial; logo, se houvesse consentimento, seria conduta atípica. Quanto a este, não há dúvida que podemos resolver no campo da tipicidade. Mas, no outro caso, pensamos que Hungria olvidou a possibilidade de haver esporte violento não autorizado pelo Estado, do qual tomassem parte pessoas adultas que consentissem nas lesões recíprocas. Imagine-se que tivessem ocorrido apenas lesões leves. Teria havido conduta criminosa? Note-se que não está ínsito ao tipo da lesão corporal o dissentimento da vítima, pois a tradição, no direito penal, é considerar indisponível a integridade física. Aliás, até o advento da Lei 9.099/95 o delito de lesões leves era de ação pública incondicionada. Atualmente, apesar de ser de ação pública condicionada à representação da vítima, pode-se continuar a debater o tema. Afinal, havendo consentimento do ofendido, segundo entendemos, não há crime, logo, nem mesmo cabe falar em direito à representação. Não se trata, pois, de uma mera *questão elegante* de interpretação do direito posto, como afirmado, mas sim de uma evolução da análise da esfera de proteção obrigatória dada pelo direito penal, colocando inúmeros bens e interesses em patamares intocáveis (indisponíveis), não mais condizentes com a realidade. No exemplo dos esportes violentos não regulamentados pelo Estado, é possível que a parte lesada consinta nos danos sofridos sem que isso se transforme em drama criminal, somente sanável pela intervenção do direito penal. Embora possamos falar em fato típico, certamente o consentimento afasta a ilicitude, dentro da esfera razoável de disponibilidade do ofendido. É preciso salientar, por derradeiro, que o consentimento do ofendido vem ingressando no ordenamento jurídico, como fator exclu-

dente de responsabilidade penal, já há algum tempo. Exemplo disso é a edição da Lei 9.434/97, que dispõe sobre a possibilidade de pessoa viva doar órgãos, tecidos e outras substâncias, desde que não haja o fito de comercialização. Trata-se de autêntico consentimento para a realização de uma lesão grave ou gravíssima, embora admitida expressamente em lei.

107-A. Consentimento do ofendido e tipicidade:

não há dúvida que, em certos casos, o consentimento do ofendido influencia no juízo de tipicidade, fugindo ao âmbito da antijuridicidade. Quando a discordância do sujeito passivo estiver presente, expressa ou implicitamente, como elemento do tipo penal, deve-se afastar a tipicidade quando houver o consentimento para a realização da conduta. A doutrina costuma indicar que, nos delitos patrimoniais, de invasão de domicílio ou violação de correspondência ou segredo, além dos delitos contra a liberdade sexual e contra a liberdade individual, havendo o consentimento do ofendido é caso de atipicidade. No mais, como no caso dos crimes contra a integridade física e contra a honra, a título de ilustração, não se pode dizer que o consentimento do ofendido esteja ínsito no tipo penal, motivo pelo qual prevalece a tese da exclusão da antijuridicidade. A análise a respeito de ser o consentimento do ofendido causa de exclusão da tipicidade ou da ilicitude pode representar, no entanto, alguns aspectos complexos, dependendo, a nosso sentir, da conformação do tipo penal. É certo que, no caso dos delitos patrimoniais, sem violência ou grave ameaça à pessoa, torna-se possível haver o consentimento do ofendido como causa excludente da própria tipicidade. Afinal, como regra, existe a livre disponibilidade dos bens materiais, que podem ser objeto de transação e também de mera doação. Se

alguém permite que outrem subtraia coisa móvel sua, está, em verdade, doando incondicionalmente, o que não possibilita a constituição do furto. Por outro lado, ingressando na tipicidade a violência ou a grave ameaça, como ocorre, v. g., com o roubo, já não se extrai a mesma conclusão. Aliás, nessa hipótese, nem mesmo se pode falar em exclusão da ilicitude por consentimento do ofendido. É possível supor o caso de alguém que, assaltado, termine concordando com a perda do objeto, por compreender que o agente está passando por alguma privação de índole econômica, e, embora não tenha pretendido doar o bem, resolve aquiescer à subtração, que se deu, de início, com grave ameaça. Nessa situação, típica sem dúvida é a conduta, mas seria igualmente ilícita? O consentimento do ofendido, como se sabe, somente pode tocar bens disponíveis, quando não afronte os bons costumes e a ética social. Não se tem por disponível a subtração de coisa móvel ao envolver violência ou grave ameaça, uma vez que constitui interesse geral a punição do assaltante. Logo, causa repulsa à sociedade que o agente de roubo fique livre, porque houve o consentimento do ofendido, sabendo-se, por certo, que, movido pelo interesse patrimonial, pelo lucro fácil, pode voltar a ferir terceiros, caso não haja pronta intervenção e ação do Estado. Do exposto, podemos concluir que, nos tipos penais em que se constate a presença da violência ou grave ameaça, não é de acolher, de pronto, a tese da atipicidade, quando houver consentimento da vítima. É preciso checar até que ponto existe disponibilidade para validar a concordância esboçada. No estupro, por exemplo, costuma-se dizer que, havendo concordância, existe atipicidade. Não nos parece que assim seja, de pronto. Caso a mulher tenha conjunção carnal com um homem, fruto do consenso de ambos, é natural que haja ati-

pacidade. Entretanto, se ela for submetida à violência e, por qualquer desvio de personalidade ou de conduta, terminar aquiescendo à prática sexual, torna-se difícil sustentar não ter havido estupro, ao menos como fato típico. Resta saber se o seu consentimento foi válido para, considerando o bem jurídico disponível (integridade física), afastar a ilicitude. E, conforme o caso, tratando-se de lesão leve, poder-se-ia concluir que sim. Nesse contexto, já houve decisão jurisprudencial absolvendo autor de atentado violento ao pudor, tendo em vista que a pessoa ofendida teria participado, espontaneamente, de sexo grupal, não podendo, pois, reclamar do que lhe aconteceu. Na ementa: “A prática de sexo grupal é ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados. Se o indivíduo, de forma voluntária e espontânea, participa de orgia promovida por amigos seus, não pode ao final do contubérnio dizer-se vítima de atentado violento ao pudor. Quem procura satisfazer a volúpia sua ou de outrem, aderindo ao desregramento de um bacanal, submete-se conscientemente a desempenhar o papel de sujeito ativo ou passivo, tal é a inexistência de moralidade e recato nesse tipo de confraternização” (Ap. 25220-2/213, Bela Vista de Goiás, 2.^a T., rel. Paulo Teles, 29.06.2004, v. u.). No contexto dos crimes contra a liberdade individual, há aqueles que possuem tipos constituídos dos elementos “violência” ou “grave ameaça” (arts. 146 – constrangimento ilegal; 147 – ameaça; 149 – redução de alguém a condição análoga à de escravo) e o que nada menciona a respeito desses elementos (art. 148 – seqüestro ou cárcere privado, na figura do *caput*). Assim, caso haja concordância do ofendido em se deixar prender em algum lugar, desde que não fira a ética ou os bons costumes, o fato é atípico. Quando houver violência ou grave ameaça, não se pode admitir que o consenti-

mento conduza à atipicidade, até porque, como regra, é conduta que interessa à sociedade punir (como vimos no exemplo do roubo). Mas, por exceção, pode ocorrer de ser suficiente o consentimento do ofendido para extrair da conduta o caráter de ilícita, desde que se conclua ter sido a lesão mínima ou passível de absorção pelos costumes vigentes à época dos fatos. No caso dos delitos contra a honra, pensamos que, havendo o consentimento, é caso de se falar em exclusão da ilicitude, pois a tipicidade se formará sem a participação da vítima. Afinal, para ofender alguém ou atacar sua reputação não há necessidade alguma de contar com seu consentimento, tratando-se de conduta unilateral do agente. Porém, a concordância pode conferir licitude à conduta, tendo em vista, conforme a situação, ser disponível o interesse em jogo, que é a imagem do ofendido perante a sociedade ou sua auto-estima. Em suma, quando o delito pressupuser o dissenso da vítima para que se aperfeiçoe, inexistindo violência ou grave ameaça (que fazem presumir a discordância), surgindo o consentimento do ofendido, deve-se concluir tratar-se de hipótese de atipicidade. Mas, em caso de violência ou grave ameaça, bem como em tipos penais que não pressuponham a concordância do ofendido, se esta existir, deve-se analisar a questão sob o ponto de vista da exclusão da ilicitude, quando possível. Cumpre destacar, ainda, que, havendo adequação social ou insignificância, trata-se sempre de caso de atipicidade, ainda que haja violência ou grave ameaça. Em exemplos já explorados anteriormente, se alguém permite que lhe seja feita uma tatuagem, pode-se dizer que a lesão praticada é atípica, uma vez que a conduta é socialmente adequada. Afinal, o consenso da sociedade quanto a determinado resultado afasta a possibilidade de preenchimento da tipicidade material. No entanto, se alguém

mantém relação sexual sadomasoquista, havendo lesão corporal, difícil sustentar adequação social ou insignificância, até porque a lesão pode ser grave. Deve-se resolver, então, na esfera da ilicitude, analisando se é possível considerar a disponibilidade do bem jurídico protegido no caso concreto. E se por um lado pode-se afirmar não haver *adequação social*, por outro pode-se dizer que há preparo da sociedade para permitir que cada um, individualmente, disponha do seu corpo como bem lhe aprouver, respeitados os limites que os costumes da época imponham. Uma conduta é socialmente adequada quando há consenso na sociedade em relação à sua prática. Uma conduta pode ser praticada contra determinado bem jurídico, quando este for considerado disponível pelo ofendido, embora a conduta em si possa ser socialmente reprovável. Outro exemplo: aquele que pratica esporte violento não regulamentado pelo Estado e sofre lesões. Não nos parece deva ser resolvida a questão pela atipicidade, pois a conduta não é socialmente aprovada, mas é possível afastar a ilicitude, pois disponível o bem lesado. A linha entre tipicidade e ilicitude, quando há o consentimento do ofendido, é de fato tênue, merecendo ser descortinada, sempre, no caso concreto.

107-B. Requisitos da excludente do consentimento do ofendido: para que se possa reconhecer presente a excludente, absolvendo o réu por ausência de ilicitude da conduta, é indispensável que determinados requisitos estejam presentes: a) *concordância do ofendido* (pessoa física ou jurídica), que deve ser obtida *livre de qualquer tipo de vício, coação, fraude ou artifício*. Quanto ao consentimento dado por pessoa embriagada, depende do caso concreto. Se a embriaguez, apesar de voluntária, não se voltava a inserir o agente em situação de

risco, o seu consentimento não é válido; porém, se a embriaguez ocorrer em situação arriscada, pode-se aceitar o consentimento (ver a nota 18-A ao art. 28); b) *consentimento* dado de maneira *explícita ou implícita*, desde que seja possível reconhecê-lo. Não se admite o consentimento presumido. Se alguém, por exemplo, concorda com uma determinada agressão física uma vez, não quer isto significar que aquiesça sempre. Logo, a presunção não tem lugar nesse contexto; c) *capacidade para consentir*. Não havendo a excludente em nosso sistema jurídico, naturalmente inexiste uma idade legal para que o consentimento seja dado. Parece-nos razoável partir da idade penal, ou seja, 18 anos para estabelecer um limite. Afinal, aquele que tem capacidade para responder por seus atos, na esfera criminal, sem dúvida pode dispor, validamente, de bens ou interesses seus. Por outro lado, deve haver flexibilidade na análise da capacidade de consentimento, pois um menor, com 17 anos, por exemplo, certamente tem condições de discernir sobre a perda de algum bem; d) *disponibilidade do bem ou interesse*. Verifica-se a disponibilidade do bem ou interesse quando a sua manutenção interessa, sobremaneira, ao particular, mas não é preponderante à sociedade. E mais: quando a conduta não ferir os bons costumes e a ética social. Logicamente que tal análise somente se faz, com maior precisão, no caso concreto, analisando-se os costumes e valores sociais do momento, o que é passível de evolução. Registre-se o conteúdo do art. 13 do Código Civil: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou *contrariar os bons costumes*. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial” (grifamos). Consultar, ainda, a nota 15 ao art.

121, que cuida da eutanásia e, portanto, da questão referente à disponibilidade do bem jurídico *vida*; e) *consentimento* dado *antes ou durante* a prática da conduta do agente. Não se deve admitir que o consentimento seja dado após a realização do ato, pois o crime já se consumou, não devendo ter a vítima controle sobre isso. Aceitar o consentimento após a prática da infração penal equivale ao acolhimento do perdão, que difere substancialmente da concordância na perda do bem ou do interesse; f) *consentimento revogável a qualquer tempo*. Embora aceite a prática da conduta inicialmente, pode o titular do bem jurídico afetado voltar atrás a qualquer momento, desde que o ato não se tenha encerrado; g) *conhecimento do agente* acerca do consentimento do ofendido. É fundamental que o autor da conduta saiba que a vítima aquiesceu na perda do bem ou interesse, como se dá, aliás, nas demais excludentes de ilicitude (ver a nota 108 abaixo).

108. Elemento subjetivo nas excludentes: discute-se se o agente, ao invocar qualquer das excludentes de ilicitude, precisa atuar consciente de que está se defendendo ou se valendo de um direito ou de um dever. Seria a excludente de natureza meramente objetiva ou exigiria, também, o aspecto subjetivo? É possível que alguém, sem saber que está em estado de necessidade (por exemplo, está em vias de ser atacado por um animal descontrolado), invada um domicílio. Responde pela invasão, em razão de não ter ingressado na casa alheia com conhecimento de que fugia de um perigo ou deve ser reconhecido o estado de necessidade, que era situação real, em seu favor? Ou, ainda, seria possível aplicar a legítima defesa a quem, pretendendo matar o inimigo, mas sem saber que este também deseja a sua morte, encontra-o, desferindo um tiro fatal, estando a vítima igualmente à procura do agente do disparo, para o

mesmo fim? Estava ele na iminência de ser agredido, mas disso não tinha ciência. Há duas teorias para solucionar a questão: objetiva e subjetiva. Sustentando a *teoria objetiva*, confira-se a lição de Magalhães Noronha: “É causa objetiva de excludente da antijuridicidade. ‘Objetiva’ porque se reduz à apreciação ‘do fato’, qualquer que seja o estado subjetivo do agente, qualquer que seja sua convicção. Ainda que pense estar praticando um crime, se a ‘situação de fato’ for de legítima defesa, esta não desaparecerá. O que está no psiquismo do agente não pode mudar o que se encontra na realidade do acontecido. A convicção errônea de praticar um delito não impede, fatal e necessariamente, a tutela de fato de um direito” (*Direito penal*, v. 1, p. 196). E prossegue, em relação à excludente de ilicitude: “Situa-se no terreno físico ou material do fato, prescindindo de *elementos subjetivos*. O que conta é o fim objetivo da ação, e não o fim subjetivo do autor”. Ilustrando, alega que “se, v. g., um criminoso se dirige à noite para sua casa, divisando entre arbustos um vulto que julga ser um policial que o veio prender e, para escapar à prisão, atira contra ele, abatendo-o, mas verifica-se a seguir que se tratava de um assaltante que, naquele momento, de revólver em punho, ia atacá-lo, age em legítima defesa, porque de legítima defesa era a situação. O que se passa na mente da pessoa não pode ter o dom de alterar o que se acha na realidade do fato externo” (*Direito penal*, v. 1, p. 201). Sobre o tema, pronuncia-se Hungria: “O preconizado critério *subjetivo*, em matéria de legítima defesa, só é compreensível para o efeito do *relativismo* com que, ocorrendo efetivamente uma agressão ou perigo de agressão, se deve apreciar o ‘erro de cálculo’ do agente, no tocante à gravidade da *real* agressão ou do *real* perigo, e conseqüente *excessus* no *modus* da reação. Somente para se saber se o *excessus defensionis* é *doloso*,

culposo ou *isento de qualquer culpabilidade* é que se pode e deve indagar da *subjetividade da ação*” (*A legítima defesa putativa*, p. 141). Pensamos, entretanto, que, adotada a posição finalista em relação ao crime, não há como deixarmos de apoiar, também neste ponto, a *teoria subjetiva*. Afinal, se a finalidade do agente era invadir casa alheia, no exemplo supracitado, sem saber que corria perigo, não é merecedor da excludente, certamente não idealizada para privilegiar a má-fé e o ato injusto. Em idêntico sentido, não sabendo que seria atacado, não pode invocar a excludente da legítima defesa, quando, em verdade, queria matar o seu oponente. Nesse sentido, Bustos Ramírez e Valenzuela Bejas ensinam que o que interessa ao ordenamento jurídico é que exista a motivação de preservar um bem jurídico, que seja considerado valioso e cuja preservação seja analisada no caso concreto (*Derecho penal latinoamericano comparado*, p. 228). Melhor teria agido o legislador se tivesse feito constar, expressamente, na lei penal, como o fez o Código Penal italiano, a *consciência da necessidade* de valer-se da excludente (arts. 52, 53 e 54). Aliás, a importância do ânimo de se defender ou de realizar a defesa de terceiros é tão intensa que algumas legislações expressamente exigem, em situações peculiares, como a defesa de pessoas estranhas, que o agente defensor não atue impulsionado pelo desejo de vingança, ressentimento ou outro motivo ilegítimo (nessa linha está o art. 10, § 6.º, do Código Penal chileno). E complementa Del Rio: “Como temos mencionado, o legislador quis deixar aberto o caminho ao indivíduo que, movido por sentimentos generosos de humanidade e justiça, acode em defesa de um semelhante em perigo; mas, ao mesmo tempo, quis evitar que este defensor possa aproveitar a ocasião que se lhe apresenta para causar um mal ao agressor, movido por vingança, ressentimento ou outro motivo

ilegítimo” (*Derecho penal – Parte general*, t. II, p. 171). cremos exagerada tal disciplina, o que não ocorre na nossa lei. Se o agente efetivamente defender terceira pessoa, ainda que esteja aproveitando a ocasião para se vingar de inimigo, que é o agressor, configura-se a legítima defesa, pois deve prevalecer o intuito de defesa. Logicamente, sabendo-se da relação de inimizade entre defensor e agressor, releva observar, com maior cautela, os elementos referentes à necessidade dos meios empregados e à moderação. Se houver excesso, naturalmente, deve o defensor ser punido. Não é preciso qualquer sentido ético à conduta defensiva, bastando o ânimo de se defender – ou defender terceira pessoa. Assim, também, a lição de Maurach (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 449). Devemos destacar, ainda, que a consciência exigida não é da situação de *injustiça* (ilicitude) da agressão, pois, se assim fosse, inimputáveis (loucos e menores de idade) e ébrios não poderiam utilizar a legítima defesa, já que não teriam noção do que é certo e do que é errado (aliás, justamente por isso, não respondem por crime). As pessoas privadas da consciência do ilícito podem, sem dúvida, defender sua própria pessoa e seus bens e interesses, desde que tenham a *consciência* de estarem sendo vítimas de uma agressão. O instinto de preservação, mormente nas situações do estado de necessidade e da legítima defesa, está acima da capacidade de ciência do lícito ou do ilícito, conforme as leis vigentes. Um doente mental, inserido em um contexto de incêndio, vai procurar escapar de todo modo, ainda que tenha de machucar outras pessoas para atingir o seu objetivo. Os exageros cometidos pelo inimputável ou embriagado, ao buscar valer-se das excludentes de ilicitude, serão analisados e julgados como se fossem fatos criminosos comuns. A eles podem ser aplicadas as medidas alternativas de segurança ou

sócio-educativas, conforme o caso. Quanto ao ébrio, tudo vai depender da origem da embriaguez: se fortuita (art. 28, § 1.º, CP) ou voluntária ou culposa (art. 28, II, CP). Em suma, é mais difícil que inimputáveis em geral atuem em exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal, mas é bem provável que ajam em estado de necessidade ou legítima defesa, com plena consciência da situação perigosa da qual buscam escapar. Nos exemplos supramencionados, em relação àqueles que querem fazer o mal (invadir domicílio ou matar alguém), de maneira consciente, não há a menor noção de estado de necessidade ou legítima defesa. Pensam em delinquir e não se salvar de algo.

109. Conceito de estado de necessidade: é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível.

110. Conceito de legítima defesa: é a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários. Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando pelo direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico.

111. Conceito de estrito cumprimento do dever legal: trata-se da ação praticada em cumprimento de um dever imposto por lei, penal ou extrapenal, mesmo que cause lesão a bem jurídico de terceiro. Pode-se vislumbrar, em diversos pontos do ordenamento pátrio, a existência de deveres atribuídos a certos agentes que, em tese, podem configurar fatos típicos. Para realizar uma prisão, por exemplo, o art. 292 do Código de Processo Penal prevê que “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem *poderão usar dos meios necessários* para defender-se ou para vencer a resistência...” (grifamos). O mesmo se diga da previsão feita no art. 245, §§ 2.º e 3.º, do mesmo Código, tratando da busca legal e autorizando o emprego de força para cumprir o mandado judicial. Para se considerar *dever legal* é preciso que advenha de lei, ou seja, preceito de caráter geral, originário de poder público competente, embora no sentido lato (leis ordinárias, regulamentos, decretos etc.). Algumas dessas situações – e outras que também constituem cumprimento de dever legal – podem ser deslocadas para o campo da tipicidade. Por exemplo: o médico tem o dever de comunicar doença de notificação obrigatória à autoridade sanitária, sob pena de, não o fazendo, configurar o crime previsto no art. 269 do Código Penal. Logo, se fizer a comunicação, trata-se de fato atípico, não se necessitando utilizar a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. Em suma, quando a abstenção do cumprimento do dever configurar fato típico, o seu exercício constitui o oposto (fato atípico). No entanto, quando o cumprimento do dever permitir a formação do fato típico (lesão corporal durante a execução de uma prisão), valemo-nos da

excludente de ilicitude referente ao estrito cumprimento do dever legal.

111-A. Situações de cumprimento de dever legal: constituem casos típicos de estrito cumprimento de dever legal as seguintes hipóteses: a) a execução de pena de morte feita pelo carrasco, quando o sistema jurídico admitir (no caso do Brasil, dá-se em época de guerra, diante de pelotão de fuzilamento); b) a morte do inimigo no campo de batalha produzida pelo soldado em tempo de guerra; c) a prisão em flagrante delito executada pelos agentes policiais; d) a prisão militar de insubmisso ou desertor; e) a violação de domicílio pela polícia ou servidor do Judiciário para cumprir mandado judicial de busca e apreensão ou mesmo quando for necessário para prestar socorro a alguém ou impedir a prática de crime; f) a realização de busca pessoal, nas hipóteses autorizadas pelo Código de Processo Penal; g) o arrombamento e a entrada forçada em residência para efetuar a prisão de alguém, durante o dia, com mandado judicial; h) a apreensão de coisas e pessoas, na forma da lei processual penal; i) o ingresso em casa alheia por agentes sanitários para finalidades de saúde pública; j) a apreensão de documento em poder do defensor do réu, quando formar a materialidade de um crime, de acordo com a lei processual penal; l) o ingresso em casa alheia por agentes municipais para efeito de lançamento de imposto; m) a comunicação da ocorrência de crime por funcionário público à autoridade, quando dele tenha ciência no exercício das suas funções; n) a denúncia à autoridade feita por médicos, no exercício profissional, da ocorrência de um crime; o) a denúncia feita por médicos à autoridade sanitária, por ocasião do exercício profissional, tomando conhecimento de doença de notificação obrigatória; p) a violência necessária utilizada pela polícia ou outro agente público para prender alguém

em flagrante ou em virtude de mandado judicial, quando houver resistência ou fuga (Marcello Jardim Linhares, *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito*, p. 120-121).

112. Conceito de exercício regular de direito: é o desempenho de uma atividade ou a prática de uma conduta autorizada por lei, que torna lícito um fato típico. Se alguém exercita um *direito*, previsto e autorizado de algum modo pelo ordenamento jurídico, não pode ser punido, como se praticasse um delito. O que é lícito em qualquer ramo do direito, há de ser também no direito penal. Exemplo: a Constituição Federal considera o domicílio asilo inviolável do indivíduo, sendo vedado o ingresso nele sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, bem como para prestar socorro (art. 5.º, XI, CF). Portanto, se um fugitivo da justiça esconde-se na casa de um amigo, a polícia somente pode penetrar nesse local durante o dia, constituindo exercício regular de direito impedir a entrada dos policiais durante a noite, mesmo possuindo um mandado. Acrescente-se, ainda, que o termo *direito* deve ser interpretado de modo amplo e não estrito – afinal, cuida-se de excludente de ilicitude e não de norma incriminadora. Logo, compreende “todos os direitos subjetivos pertencentes a toda categoria ou ramo do ordenamento jurídico, direta ou indiretamente reconhecido, como afinal são os costumes” (cf. Marcello Jardim Linhares, *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito*, p. 111).

112-A. Situações de exercício regular de direito: constituem casos típicos de exercício de direito as seguintes hipóteses: a) o aborto, quando a gravidez resulte de estupro ou atentado violento ao pudor, havendo o consentimento da gestante; b)

a correção disciplinar dos pais aos filhos menores, quando moderada; c) a ofensa irrogada na discussão da causa pela parte ou seu procurador; d) a crítica literária, artística ou científica; e) a apreciação ou informação do funcionário público, no exercício da sua função; f) o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, quando admitidas em lei; g) o tratamento médico e a intervenção cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente, quando ocorrer iminente risco de vida (nesta hipótese, diante dos termos do art. 146, § 3.º, I, do Código Penal, é mais acertado considerar excludente de tipicidade; ver a nota 15 ao art. 146); h) a coação para impedir suicídio (nesta hipótese, diante dos termos do art. 146, § 3.º, II, do Código Penal, é mais acertado considerar excludente de tipicidade; ver a nota 16 ao art. 146); i) a violação de correspondência dos pais com relação aos filhos menores e nos demais casos autorizados pela lei processual penal; j) a divulgação de segredo, ainda que prejudicial, feita com justa causa; k) a subtração de coisa comum fungível; l) a conservação de coisa alheia perdida pelo prazo de 15 dias; m) a prática de jogo de azar em casa de família; n) a publicação dos debates travados nas Assembléias; o) a crítica às leis ou a demonstração de sua inconveniência, desde que não haja incitação à sua desobediência, nem instiguem à violência; p) o uso dos ofendículos (para quem os considera exercício regular de direito); q) o direito de greve sem violência; r) a separação dos contendores em caso de rixa; s) o porte legal de arma de fogo; t) a venda de rifas para fins filantrópicos, sem fim comercial, como assentado no costume e na jurisprudência; u) a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, sem fins comerciais; v) a livre manifestação do pensamento, ainda que desagrade a alguns; w) a esterilização nos termos da lei; x) a prestação de auxílio

a agente de crime, feita por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão; y) os casos previstos na lei civil, como o penhor legal, a retenção de bagagens, o corte de árvores limítrofes, entre outros (Marcello Jardim Linhares, *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito*, p. 122-125).

112-B. Utilização de cadáver não reclamado como exercício regular de direito: situação peculiar é prevista na Lei 8.501/92, que autoriza o uso de cadáver para estudos e pesquisas científicas. É certo que se considera bem jurídico penalmente tutelado o respeito à memória dos mortos, punindo-se a destruição ou o vilipêndio ao cadáver (arts. 211 e 212, CP), embora haja, no caso mencionado, autorização legal para excepcionar a regra. Dispõe o art. 2.º da Lei 8.501/92 que “o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”. Cabe tal destinação com relação ao cadáver sem qualquer documentação ou, quando identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereço de parentes ou responsáveis legais (art. 3.º). Não se autoriza o uso do cadáver caso haja indício de que a morte seja resultado de ação criminosa.

113. Situações polêmicas no contexto do exercício regular de direito: a) *estupro da esposa praticado pelo marido*: há quem entenda ser exercício regular de direito o fato de o marido obrigar a esposa a com ele manter, mesmo valendo-se de violência ou grave ameaça, conjunção carnal, pois o débito conjugal seria exercício regular de direito, decorrente do dever de fidelidade. Nessa ótica, conferir: “A mulher não pode se opor ao legítimo direito do marido à conjunção carnal, desde que não ofenda ao pudor nem exceda os limites

normais do ato. Decorre daí o direito do marido de constrangê-la, mediante o uso de moderada violência” (Marcello Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 308). Não é mais de se aceitar tal entendimento, tendo em vista que os direitos dos cônjuges na relação matrimonial são iguais (art. 226, § 5.º, CF) e a mulher dificilmente atingiria o mesmo objetivo agindo com violência contra seu marido, inclusive porque não existe precedente cultural para essa atitude. De outra parte, deve-se resolver na esfera civil qualquer desavença conjugal, jamais se servindo de métodos coercitivos para qualquer finalidade. Seria ofensivo à dignidade da pessoa humana utilizar violência ou grave ameaça para atingir um ato que deveria ser, sempre, inspirado pelos mais nobres sentimentos e não pela rudeza e imposição; b) *trote acadêmico ou militar*: embora seja, reconhecidamente, pela força da tradição imposta pelo costume, o exercício de um direito, não se pode olvidar que o grande dilema, nesse contexto, não é o uso moderado da costumeira instituição, mas sim o exagero. Deve-se coibir o trote violento, que constitui um autêntico abuso, afastando-se da previsão legal, que fala em “exercício regular de direito”; c) *castigos dos pais e dos professores*: quanto aos primeiros, continuam sendo exercício regular de direito, pois condizentes com o poder familiar, desde que presente o *animus corrigendi*, que é o elemento subjetivo específico para justificar a utilização da excludente; quanto aos mestres, há muito mudou o conceito educacional no País, de modo que não há mais permissivo legal para que exista qualquer tipo de correção física ou moral violenta contra alunos, admitindo-se, no máximo, advertências ou suspensões, dentro das regras próprias do estabelecimento de ensino; d) *correções disciplinares a filhos alheios*: como regra, somente se podem admitir admoestações

e exortações, mas não castigos físicos ou injuriosos, e desde que seja necessário para corrigir excessos prejudiciais a terceiros. Por outro lado, quando se trata de membros de uma mesma família, a solução pode ser diversa. Caso vivam sob o mesmo teto, sob cuidado de tios, por exemplo, menores podem ser castigados, pois se cuida de reação natural de quem educa, em lugar dos pais. E, quanto aos irmãos, os mais velhos somente podem aplicar correções disciplinares aos menores – especialmente as que importem em lesões e privações – caso tenham assumido a condução da família, em lugar dos pais. Do contrário, não lhes é reconhecido o exercício regular de direito; e) *lesões praticadas no esporte*: trata-se, em regra, de exercício regular de direito, quando respeitadas as normas regentes do esporte praticado. Exemplo disso é a luta de boxe, cujo objetivo é justamente nocautear o adversário. A lesão corporal provocada é considerada exercício regular de direito. Fugindo das normas esportivas, entretanto, deve o agente responder pelo abuso ou valer-se de outra modalidade de excludente, tal como o consentimento do ofendido, ou mesmo do princípio da adequação social. Em uma partida de futebol, quando há violência exagerada entre os jogadores, a tendência da sociedade é visualizar o evento como se fosse algo inerente à prática desse esporte, devendo a punição, se cabível, cingir-se à esfera desportiva (adequação social). Por outro lado, quando os jogadores começam a produzir uma partida agressiva de ambos os lados, caso haja ferimento, pode-se sustentar a excludente do consentimento do ofendido. Enfim, depende da situação concreta; f) *violação da correspondência entre cônjuges*: ver nota 83 ao art. 151.

113-A. Diferenças entre estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito: aponta Marcello Jardim

Linhares, com precisão, as *três principais diferenças* existentes entre os dois institutos: a) a primeira excludente é de natureza compulsória, irrecusável, enquanto a segunda é facultativa; b) na primeira, o agente deve limitar-se a atender ao comando existente em lei, enquanto na segunda, detém ele o poder de agir, legitimado pela norma; c) na primeira, o dever de agir somente pode ter origem em lei, enquanto na segunda, o direito pode surgir de qualquer fonte do direito (*Estrito cumprimento do dever legal. Exercício regular de direito*, p. 63).

114. Os excessos no contexto das excludentes: a) *estado de necessidade*: concentra-se o excesso no “agir de outro modo para evitar o resultado”. Se o agente afasta a ocorrência do resultado, valendo-se de meios dispensáveis, que acabem produzindo dano em bem jurídico alheio, terá agido com excesso; b) *legítima defesa*: o excesso está firmado na falta do emprego dos meios necessários para evitar a agressão ou no uso desses meios, embora de maneira imoderada; c) *estrito cumprimento do dever legal*: o excesso está focalizado no “dever legal”. Quando a lei impõe um modo para o agente atuar, deve ele seguir exatamente os parâmetros fixados; fugindo a eles, responde pelo excesso; d) *exercício regular de direito*: o excesso está no exercício *abusivo* de direito, isto é, exercitar um direito, embora de modo irregular e prejudicando direito alheio.

115. Modalidades de excessos: a) *excesso doloso*: quando o agente consciente e propositadamente causa ao agressor, ao se defender, maior lesão do que seria necessário para repelir o ataque. Atua, muitas vezes, movido pelo ódio, pela vingança, pelo rancor, pela perversidade, pela cólera, entre outros motivos semelhantes. O excesso doloso, uma vez reconhecido, elimina a

possibilidade de se reconhecer a excludente de ilicitude, fazendo com que o autor da defesa exagerada responda pelo resultado típico que provocou no agressor. Pode, por vezes, funcionar como circunstância que leve à diminuição da pena ou mesmo a uma atenuante (violenta emoção após injusta provocação da vítima); b) *excesso culposo*: é o exagero decorrente da falta do dever de cuidado objetivo ao repelir a agressão. Trata-se do *erro de cálculo*, empregando maior violência do que era necessário para garantir a defesa. Se presente o excesso, o agente responde pelo resultado típico provocado a título de culpa. No contexto do excesso culposo, podem ser aplicadas, ainda, as mesmas regras atinentes aos erros de tipo e de proibição (neste último caso, como já mencionado, quando o agente se equivoca quanto aos limites da excludente); c) *excesso exculpante*: trata-se de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não prevista expressamente em lei. Como vimos defendendo na possibilidade do reconhecimento de excludentes supraleais, o excesso exculpante seria o decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentadas na inexigibilidade de conduta diversa. O agente, ao se defender de um ataque inesperado e violento, apavora-se e dispara seu revólver mais vezes do que seria necessário para repelir o ataque, matando o agressor. Pode constituir-se uma hipótese de flagrante imprudência, embora justificada pela situação especial por que passava. Registre-se a lição de Welzel na mesma esteira, mencionando que os estados de cansaço e excitação, sem culpabilidade, dificultam a observância do cuidado objetivo por um agente inteligente, não se lhe reprovando a inobservância do dever de cuidado objetivo, em virtude de medo, consternação, susto, fadiga e outros estados semelhantes, ainda que atue imprudentemente (*Derecho penal alemán*, p. 216). Convém mencionar,

também, que, no direito espanhol, o medo chega a se constituir causa de exclusão da culpabilidade, conforme a situação (art. 20, 6.º, CP espanhol). Narra Enrique Esbec Rodríguez que o medo é um autêntico sobressalto do espírito, produzido por um temor fundado de um mal efetivo, grave e iminente, que obscurece a inteligência e domina a vontade, determinando alguém a realizar um ato que, sem essa perturbação psíquica, deveria ser considerado criminoso. Para a apreciação dessa excludente é imprescindível que o medo seja o móvel único da ação (*Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*, p. 124). Embora no direito brasileiro não se possa considerar o medo como excludente de culpabilidade, é certo que ele pode dar margem a reações inesperadas por aquele que o sente, valendo levar esse estado de espírito em conta na análise da legítima defesa e do estado de necessidade, em especial quando se discute ter havido excesso. Finalmente, deve-se considerar que a hipótese do excesso exculpante vem prevista no Código Penal Militar (art. 45, parágrafo único: “Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”), inexistindo razão para deixar de considerá-lo também no direito penal comum; d) *excesso accidental*: é o exagero que decorre do caso fortuito, embora não em intensidade suficiente para cortar o nexo causal. Por vezes, o agente se excede na defesa, mas o exagero é meramente accidental. Não se pode dizer ter havido moderação na defesa, pois o dano provocado no agressor foi além do estritamente necessário para repelir o ataque, embora o exagero possa ser atribuído ao fortuito. Disparos de arma de fogo são dados contra o autor de uma agressão, que cai sobre um gramado, sobrevivendo. Os mesmos disparos podem ser desferidos e o agressor cair sobre o asfalto, batendo a

cabeça na guia, situação que, associada aos tiros sofridos, resulta na sua morte. Teria havido moderação? É possível que, considerando o resultado havido, no primeiro caso o juiz (ou o Conselho de Sentença) considere ter sido razoável a reação, embora no segundo, por conta da morte, cheguesse à conclusão de ter havido um excesso. Seria esse excesso meramente accidental, pois o caso fortuito estava presente, não podendo o agente responder por dolo ou culpa. Trata-se de um excesso *penalmente irrelevante* (Alberto Silva Franco e Adriano Marrey, *Teoria e prática do júri*, p. 489). É a posição que defendemos em nosso *Roteiro prático do júri*, p. 73. Na jurisprudência: TJPB: “A decisão dos jurados, inobstante reconhecendo a moderação, de que o meio utilizado na repulsa não era necessário, não afasta, de pronto, a legítima defesa, mas apenas reconhece um excesso. Logo, a condenação somente se consolida se afirmado ter havido esse excesso, a título de dolo ou culpa. Nesse sentir, negando, entretanto, o Júri ter o réu se havido com excesso doloso ou culposo, estará absolvendo-o, mediante o reconhecimento do excesso accidental ou não punível, decorrente de caso fortuito, não restando outra alternativa ao presidente do Júri senão firmar decisão absolutória” (Ap. 2001.004108-4, Câ. Criminal, rel. Raphael Carneiro Arnaud, 06.09.2001, v. u.).

115-A. Excessos intensivo e extensivo: há quem classifique o excesso nas excludentes sob os prismas *intensivo* e *extensivo*. O primeiro seria o autêntico excesso, vale dizer, respeitado o aspecto temporal (atualidade ou iminência, conforme o caso), o agente extrapolaria na necessidade do meio ou no contexto da moderação. O segundo seria a extrapolção do limite de tempo para oferecer a resposta, ou seja, o agente, uma vez agredido, mas já fora do ce-

nário da atualidade ou iminência, promove a reação. Concordamos com a doutrina que rechaça essa nomenclatura, uma vez que o denominado *excesso extensivo* não passa de um contra-ataque indevido, configurando outra forma de atuação (vingança, violenta emoção, inexigibilidade de conduta diversa etc.), diversa das modalidades de excesso. Nesse sentido: Américo de Carvalho (A *legítima defesa*, p. 348-350).

Estado de necessidade¹¹⁶

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual,¹¹⁷ que não provocou por sua vontade,¹¹⁸ nem podia de outro modo evitar,¹¹⁹ direito próprio ou alheio,¹²⁰ cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.¹²¹

§ 1.º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.¹²²

§ 2.º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.¹²³

116. Espécies de estado de necessidade: a) *quanto à origem do perigo:* a.1) *estado de necessidade defensivo:* ocorre quando o agente pratica o ato necessário contra a coisa da qual promana o perigo para o bem jurídico. Ex.: A, atacado por um cão bravo, vê-se obrigado a matar o animal. Agiu contra a coisa da qual veio o perigo; a.2) *estado de necessidade agressivo:* ocorre quando o agente se volta contra pessoa ou coisa diversa da qual provém o perigo para o bem jurídico. Ex.: para prestar socorro a alguém, o agente toma o veículo alheio, sem autorização do proprietário. Não se inclui no estado defensivo a *pessoa*, pois, quando o perigo emana de ser humano e contra este se volta o agente, estar-se-á diante de uma hipótese de legítima defesa. Uma

ilustração real: um gato ficou preso do lado de fora da janela do apartamento dos seus donos (exatamente entre a tela de proteção e o vidro), no 15.º andar, de um prédio no bairro de Higienópolis, em São Paulo, possivelmente por esquecimento. Um vizinho detectou e acionou o zelador, que alertou o subsíndico. Num primeiro momento, este nada quis fazer, pois os proprietários viajavam e somente poderiam ingressar no apartamento se houvesse invasão de domicílio, arrombando a porta, o que seria crime, em tese. Com a pressão da imprensa e de uma ONG de proteção a felinos, terminou-se concordando com a invasão, salvando-se o gato. Dois interesses entraram em confronto (inviolabilidade de domicílio e a proteção aos animais). Elegeu-se o mais importante, naquele caso concreto, porém “agredindo-se” a inviolabilidade domiciliar (Folha de S. Paulo, Cotidiano, 02.01.2008, p. 4); b) *quanto ao bem sacrificado*: b.1) *estado de necessidade justificante*: trata-se do sacrifício de um bem de menor valor para salvar outro de maior valor ou o sacrifício de bem de igual valor ao preservado. Ex.: o agente mata um animal agressivo, porém patrimônio de outrem, para salvar alguém sujeito ao seu ataque (patrimônio x integridade física). Há quem sustente, como o faz Cezar Roberto Bitencourt (*Teoria geral do delito*, p. 133), que o sacrifício de bem de igual valor não é amparado pelo direito, ficando para o contexto do estado de necessidade exculpante, com o que não podemos concordar. Se um ser humano mata outro para salvar-se de um incêndio, buscando fugir por uma passagem que somente uma pessoa consegue atravessar, é natural que estejamos diante de um estado de necessidade justificante, pois o direito jamais poderá optar entre a vida de um ou de outro. Assim, é perfeitamente razoável, conforme preceitua o art. 24 do Código Penal, exigir-se o sacrifício ocorrido. E, no

prisma que defendemos, confira-se a lição de Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. I, p. 397). Excelente exemplo de um típico estado de necessidade encontra-se na literatura pátria, pelas mãos de Álvares de Azevedo, em sua obra *Noite na taverna*: “*Isso tudo, senhores, para dizer-vos uma coisa muito simples... um fato velho e batido, uma prática do mar, uma lei do naufrágio – a antropofagia. Dois dias depois de acabados os alimentos restavam três pessoas: eu, o comandante e ela. Eram três figuras macilentas como o cadáver, cujos olhares fundos e sombrios se injetavam de sangue como a loucura. O uso do mar – não quero dizer a voz da natureza física, o brado do egoísmo do homem – manda a morte de um para a vida de todos. Tiramos a sorte... o comandante teve por lei morrer. Então o instinto de vida se lhe despertou ainda. Por um dia mais de existência, mais um dia de fome e sede de leito úmido e varrido pelos ventos frios do norte, mais umas horas mortas de blasfêmia e de agonia, de esperança e desespero, de orações e descrença, de febre e de ânsia, o homem ajoelhou-se, chorou, gemeu a meus pés... Olhai, dizia o miserável, esperemos até amanhã... Deus terá compaixão de nós... Por vossa mãe, pelas entranhas de vossa mãe! por Deus se ele existe! deixai-me ainda viver! (...) Euri-me porque tinha fome. Então o homem ergueu-se. A fúria se levantou nele com a última agonia. Cambaleava, e um suor frio lhe corria no peito descarnado. Apertou-me nos seus braços amarelentos, e lutamos ambos corpo a corpo, peito a peito, pé por pé... por um dia de miséria! A luz amarelada erguia sua face desbotada, como uma meretriz cansada de uma noite de devassidão, o céu escuro parecia zombar desses dois moribundos que lutavam por uma hora de agonia... O valente do combate desfalecia... caiu: pus-lhe o pé na garganta, sufoquei-o e expirou... Não cubrais o rosto com as mãos – faríeis o mesmo... Aquele cadáver foi nosso alimento dois dias... – (grifamos);*

b.2) *estado de necessidade exculpante*: ocorre quando o agente sacrifica bem de valor maior para salvar outro de menor valor, não lhe sendo possível exigir, nas circunstâncias, outro comportamento. Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida, não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade. Ex.: um arqueólogo que há anos buscava uma relíquia valiosa, para salvá-la de um naufrágio, deixa perecer um dos passageiros do navio. É natural que o sacrifício de uma vida humana não pode ser considerado razoável para preservar-se um objeto, por mais valioso que seja. Entretanto, no caso concreto, seria demais esperar do cientista outra conduta, a não ser a que ele teve, pois a decisão que tomou foi fruto de uma situação de desespero, quando não há tranquilidade suficiente para sopesar os bens que estão em disputa. Não poderá ser absolvido por excludente de ilicitude, visto que o direito estaria reconhecendo a supremacia do objeto sobre a vida humana, mas poderá não sofrer punição em razão do afastamento da culpabilidade (juízo de reprovação social). Cremos indispensável fazer um destaque nesse ponto: embora a doutrina defenda o ponto de vista supra-sustentado (proporcionalidade entre os bens em conflito, não se podendo preservar um bem de valor menor sacrificando um de maior valor), a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940, nessa parte não alterada pela atual Exposição de Motivos, mencionou: “No tocante ao *estado de necessidade*, é igualmente abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites. Não se exige que o direito sacrificado seja *inferior* ao direito posto a salvo, nem tampouco se reclama a ‘*falta absoluta* de outro meio menos prejudicial’. O critério adotado é outro: identifica-se o *estado de necessidade* sempre que, nas circunstâncias em que a ação foi praticada, não era razoavelmente

exigível o sacrifício do direito ameaçado. O estado de necessidade não é um conceito absoluto: deve ser reconhecido desde que ao indivíduo era ‘extraordinariamente’ difícil um procedimento diverso do que teve. O crime é um fato ‘reprovável’, por ser a violação de um dever de conduta, do ponto de vista da disciplina social ou da ordem jurídica. Ora, essa reprovação deixa de existir e não há crime a punir, quando, em face das circunstâncias em que se encontrou o agente, uma conduta diversa da que teve não podia ser exigida do *homo medius*, do comum dos homens”. Pelo texto mencionado, parece-nos clara a intenção do legislador, à época, de acenar com a inserção da inexigibilidade de conduta diversa no contexto do estado de necessidade, tornando possível tanto o reconhecimento do estado de necessidade justificante, quanto do exculpante, embora essa não tenha sido a posição seguida pela doutrina e pela jurisprudência.

117. Conceito e extensão de atualidade: atual é o que está acontecendo, portanto uma situação *presente*. Na ótica de Hungria, é o perigo concreto, imediato, reconhecido objetivamente, não se podendo usar a excludente quando se trata de perigo incerto, remoto ou passado (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 273). Igualmente: Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. I, p. 395). Não se inclui, propositadamente, na lei o perigo *iminente*, visto ser uma situação futura, nem sempre fácil de ser verificada. Um perigo que está por acontecer é algo imponderável, não autorizando o uso da excludente. Como leciona Enrico Contieri, “o perigo, em sentido próprio, é sempre efetivo; o perigo de um perigo ou perigo futuro não é perigo” (*O estado de necessidade*, p. 55). Ex.: vislumbrando o princípio de um naufrágio e, conseqüentemente, um perigo *iminente*, não pode o passageiro do navio agredir ou ferir outra pessoa a pretexto de estar em estado

de necessidade. Por outro lado, quando se fala de perigo atual, está-se tratando de um dano *iminente*, daí por que se autoriza a utilização do estado de necessidade.

118. Voluntariedade na causação do perigo: é certo que a pessoa que deu origem ao perigo não pode invocar a excludente para sua própria proteção, pois seria injusto e despropositado. Em se tratando de bens juridicamente protegidos e lícitos que entram em conflito por conta de um perigo, torna-se indispensável que a situação de risco advinha do infortúnio. Não fosse assim, exemplificando, aquele que causasse um incêndio poderia sacrificar a vida alheia para escapar, valendo-se da excludente, sem qualquer análise da origem do perigo concretizado. *Questão polêmica*, desenvolvida na doutrina, é a da *valoração da vontade*: se pode ela dar origem a um perigo dolosa e culposamente ou somente dolosamente. Preferimos a posição defendida por Magalhães Noronha, embora alterando seu exemplo: “A nós nos parece que também o *perigo culposos* impede ou obsta o estado de necessidade. A ordem jurídica não pode *homologar* o sacrifício de um direito, favorecendo ou beneficiando quem já atuou contra ela, praticando um ilícito, que até pode ser crime ou contravenção. Reconhecemos, entretanto, que na prática é difícil aceitar solução unitária para todos os casos. Será justo punir quem, por imprudência, pôs sua vida em perigo e não pôde salvar-se senão lesando a propriedade alheia?” (*Direito penal*, v. 1, p. 191). Embora com ressalvas, coloca-se no mesmo sentido Assis Toledo, argumentando ser possível provocar um perigo *culposos* e não caber a invocação do estado de necessidade (*Princípios básicos de direito penal*, p. 186). Assim também Hungria: “Cumpra que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou

leviandade” (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 273). Ensina Enrico Contieri: “Poderia perguntar-se por que razão emprega a lei o termo ‘voluntariamente’ e não o de ‘dolosamente’. É assim porque, não sendo o perigo da situação de necessidade o evento de uma infração, seria impróprio empregar um termo reservado para os delitos. O uso do termo ‘dolosamente’ provocaria, além disso, confusões, permitindo pensar que se referia a toda situação de necessidade e, portanto, também à inevitabilidade do fato necessitado, cujo evento constitui o evento de um determinado tipo de infração” (*O estado de necessidade*, p. 83-84). É o mais correto. A letra da lei fala em perigo não provocado por *vontade* do agente, não nos parecendo tenha aí o significado de *dolo*, ou seja, causar um perigo intencionalmente. O sujeito que provoca um incêndio culposos criou um perigo que jamais poderá deixar de ser considerado fruto da sua *vontade*; o contrário seria admitir que nos delitos culposos não há voluntariedade na conduta. Por isso, preferimos nos colocar contra a possibilidade de o agente do perigo originário da culpa poder invocar a excludente, embora façamos a mesma ressalva de Magalhães Noronha. O caso concreto poderá ditar a solução mais justa e adequada. Assim, tomando o exemplo do incêndio culposos: se o sujeito que causou o incêndio tiver de fugir do local, não poderá tirar a vida de pessoa inocente, que perigo nenhum causou, para salvar-se, ainda argüindo em seu benefício o estado de necessidade. Por outro lado, se, na mesma situação, para fugir do lugar, houver de agredir fisicamente uma pessoa inocente, causando-lhe lesão leve, mas para salvar sua própria vida, certamente poderá alegar estado de necessidade. Parece-nos que é essencial ponderar os bens em conflito: no primeiro caso, estão em conflito bens de igual valor, merecendo perecer o bem jurídico da pessoa que deu origem, por sua vontade, à

situação de perigo; na segunda situação, estão em conflito bens de diferentes valores, merecendo perecer o de menor valor, ainda que seja o da pessoa inocente, que não provocou o perigo. Reconhecemos, entretanto, que grande parte da doutrina tem preferido a corrente que afasta a aplicação do estado de necessidade somente quando o perigo foi causado *dolosamente* pelo agente (cf. Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 195); Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. I, p. 397)).

119. Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão: característica fundamental do estado de necessidade é que o perigo seja inevitável, bem como seja imprescindível, para escapar da situação perigosa, a lesão a bem jurídico de outrem. Podendo afastar-se do perigo ou podendo evitar a lesão, deve o autor do fato necessário fazê-lo. No campo do estado de necessidade, impõe-se a fuga, sendo ela possível. Exemplo: alguém se vê atacado por um cachorro feroz, embora possa, fechando um portão, esquivar-se da investida; não pode matar o cão, a pretexto de estar em estado de necessidade. O perigo era evitável, assim como a lesão causada. Concordamos com o alerta feito por Aníbal Bruno no sentido de que o agente do fato necessário deve atuar de modo a causar o menor estrago possível. Assim, entre o dano à propriedade e a lesão a alguém, o correto é a primeira opção; entre a lesão a várias pessoas e a uma só, melhor esta última (*Direito penal*, t. I, p. 395).

120. Proteção a direito próprio ou de terceiro: não pode alegar estado de necessidade quem visa à proteção de bem ou interesse juridicamente desprotegido. Assim, exemplificando, impossível invocar a excludente quem pretenda, a pretexto de preservar carregamento de substância entorpecente de porte não autorizado, sacrificar direito alheio.

121. Proporcionalidade do sacrifício do bem ameaçado: trata-se da condição que constitui o estado de necessidade *justificante*, já abordado. Somente se admite a invocação da excludente, interpretando-se a expressão “cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”, quando para salvar bem de maior ou igual valor ao do sacrificado. No mais, pode-se aplicar a hipótese do estado de necessidade exculpante.

122. Dever legal de enfrentar o perigo: o dever legal é o resultante de lei, considerada esta em seu sentido lato. Entretanto, deve-se ampliar o sentido da expressão para abranger também o dever *jurídico*, aquele que advém de outras relações previstas no ordenamento jurídico, como o contrato de trabalho ou mesmo a promessa feita pelo garantidor de uma situação qualquer. Identicamente: Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 197). No prisma da ampliação do significado, pode-se citar o disposto na Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 (não alterada pela atual, conforme se vê no item 23): “A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um *especial dever jurídico*”. Por isso, tem o dever de enfrentar o perigo tanto o policial (dever advindo de lei), quanto o segurança particular contratado para a proteção do seu empregador (dever jurídico advindo do contrato de trabalho). Nas duas situações, não se exige da pessoa encarregada de enfrentar o perigo qualquer ato de heroísmo ou abdicação de direitos fundamentais, de forma que o bombeiro não está obrigado a se matar, em um incêndio, para salvar terceiros, nem o policial a enfrentar perigo irracional somente pelo disposto no art. 24, § 1.º. A finalidade do dispositivo é evitar que pessoas obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso. Em contrário, posiciona-se Hungria, ressaltando que somente o dever advindo de lei

é capaz de impedir o estado de necessidade (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 279-280).

123. Causa de diminuição de pena: essa causa somente é compatível com a situação do estado de necessidade exculpante, quando não reconhecido como excludente de culpabilidade. Eventualmente, salvando um bem de menor valor e sacrificando um de maior valor, não se configura a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, o que ainda permite ao juiz considerar a situação como *menos culpável*, reduzindo a pena.

Legítima defesa^{124-125-A}

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente¹²⁶⁻¹²⁸ dos meios necessários,¹²⁹⁻¹³⁰ repele injusta¹³¹ agressão,¹³²⁻¹³³ atual ou iminente,^{134-134-B} a direito seu ou de outrem.¹³⁵⁻¹³⁸

124. Fundamento da legítima defesa: o Estado, a partir do momento em que chamou a si a responsabilidade de distribuir justiça, aplicando a lei ao caso concreto, pretendeu terminar com a *vingança privada*, geradora de inúmeros excessos e incidentes incontroláveis. Entretanto, não podendo estar, através dos seus agentes, em todos os lugares ao mesmo tempo, deve facultar à pessoa agredida a legítima defesa de seus direitos, pois, do contrário, o direito haveria de ceder ao injusto, o que é inadmissível. Como leciona Jescheck, a legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente: a) no prisma jurídico-individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico; b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não

deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando for essencialmente *necessária*, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível (*Tratado de derecho penal – Parte general*, p. 459-461). Cuida-se, praticamente, de um direito natural, tornado legal por força da previsão feita no Código Penal. Aliás, o instinto de preservação do ser humano, mormente quando diz respeito às agressões à sua integridade física, é indeclinável e *fala mais alto*. Portanto, ainda que não houvesse lei, resguardando o uso da legítima defesa, seria esta utilizada identicamente, mesmo que, posteriormente, o agente respondesse, na esfera criminal, diante do Estado, *ad argumentandum*. Confira-se interesse trecho da oração de Cícero: “Há, sem dúvida, Juízes, esta lei, *não escrita, mas congênita, que não aprendemos, ouvimos ou lemos, mas participamos, bebemos e tomamos da mesma natureza*, na qual não fomos ensinados, mas formados, nem instruídos, mas criados: que se a nossa vida cair em algumas ciladas, e em insultos e armas de inimigos e ladrões, todo o modo de a salvar nos seja lícito. Porque as leis guardam silêncio entre as arma; nem mandam que as esperem, quando aquele que as quiser esperar primeiro há de pagar a pena injusta do que satisfazer-se da merecida” (cf. Célio de Melo Almada, *Legítima defesa*, p. 34, grifos do original). Convém, ainda, lembrar a lição de Américo de Carvalho: “Justificação não é, pois, mera e estrita exclusão da ilicitude, não é um mero obstáculo ou impedimento ao juízo de ilícito, não é apenas a negação da negatividade; é, sim, expressão de uma valoração positiva de uma conduta praticada numa situação de conflito de interesses

jurídicos, é positividade jurídica. (...) Daqui que toda a causa de justificação, enquanto possibilidade jurídica, seja, no mínimo, um direito de ação ou um *direito de intervenção*, e, enquanto concretização de um direito de intervenção, implique um dever de tolerância por parte do titular do bem concreto objeto da intervenção” (*A legítima defesa*, p. 171-172).

125. Elementos da legítima defesa:

a) *relativos à agressão*: a.1) injustiça; a.2) atualidade ou iminência; a.3) contra direito próprio ou de terceiro; b) *relativos à repulsa*: b.1) utilização de meios necessários (*mezzi*); b.2) moderação (*grado*); c) *relativo ao ânimo do agente*: elemento subjetivo, consistente na vontade de se defender.

125-A. A cautela na verificação das posições de agressor e vítima: há, sem dúvida, uma tendência por parte de alguns operadores do direito, particularmente quanto a juízes e membros do Ministério Público, em visualizar a *vítima* de uma agressão como *inocente*, enquanto aquele que agride é considerado *culpado*. Em outras palavras, utilizando um exemplo, se A mata B, como regra, a vítima fatal seria a parte perdedora, “presumindo-se” a sua inculpação, enquanto o sobrevivente passaria a ter o ônus de demonstrar o contrário. Muito embora se deva ter cuidado em aceitar a legítima defesa como justificativa para a “resolução pessoal de conflitos”, pois seria possível incentivar a *vingança privada*, não é menos correto lembrar que há um nítido cenário de necessidade quando alguém, agredido, vê-se desprovido do amparo estatal. Cremos que não deve existir qualquer tipo de *presunção* para a análise equilibrada e justa de uma situação de conflito entre pessoas, com resultado danoso para um ou mais dos envolvidos. Não é o sobrevivente (ou o *menos lesado*) aquele que detém o ônus da prova. Desde a investigação policial, urge buscar

elementos para verificar, minuciosamente, quem deu início ao embate, em que termos e quais seriam as opções para os envolvidos. Portanto, não é suficiente considerar que, na ilustração supra, se A matou B, cabe-lhe demonstrar tê-lo feito em legítima defesa. Nesse sentido, convém registrar o alerta de Américo de Carvalho: “Esta tendência a converter em exclusivamente vítima aquele que, muitas vezes, não foi senão um agressor (que só a si deverá imputar os danos que sofreu), ou que, no caso de ter havido excesso, é, simultaneamente, agressor (infrator) e vítima, é uma tendência que, para além de injusta e de juridicamente reprovada, é socialmente perigosa, ao neutralizar, na prática, a legítima e necessária dinâmica social preventivo-geral da legítima defesa” (*A legítima defesa*, p. 165).

126. Moderação: é a razoável proporção entre a defesa empreendida e o ataque sofrido, que merece ser apreciada no caso concreto, de modo relativo, consistindo na “medida dos meios necessários”. Se o meio fundamentar-se, por exemplo, no emprego de arma de fogo, a moderação basear-se-á no número de tiros necessários para deter a agressão. Não se trata de conceito rígido, admitindo-se ampla possibilidade de aceitação, uma vez que a reação de uma pessoa normal não se mede por critérios matemáticos ou científicos. Como ponderar o número de golpes de faca que serão suficientes para deter um atacante encorpado e violento? Daí por que a liberdade de apreciação é grande, restando ao magistrado valer-se de todo o bom senso peculiar à espécie a fim de não cometer injustiça. Rejeitando o excesso de facadas em uma briga de presos, portanto acatando a moderação, pode-se citar o seguinte aresto: TJSP: “Eventual excesso veio corretamente afastado pela r. decisão recorrida sob a assertiva de que o ‘caso presente retrata uma briga dentro de uma prisão, onde as coisas naturalmente

são violentas e rudes', sendo 'difícil argumentar que o réu, ameaçado pelo ofendido, um perigoso marginal e homicida, quando em luta corporal com ele, tivesse noção do número de golpes que estava dando na vítima'. Flagrante, então, a legítima defesa na ação do réu, e, tal como reconhecido pela r. decisão recorrida, a absolvição sumária era a solução que se impunha" (RSE 185.848-3/1, São Paulo, 5.^a C., rel. Christiano Kuntz, 18.07.1995, v. u.). Aliás, quanto às brigas ocorridas entre presos, narra Percival de Souza: "Cada acerto de contas é um duelo sem interferência, uma briga que geralmente só termina com a morte de um. São cenas rápidas, geralmente assistidas por privilegiados espectadores que tudo fazem para que nenhum funcionário veja o que está acontecendo e interfira para impedir o desfecho. Correr, fugir da luta, tentar escapar da morte se torna impossível. Mais do que isso, se torna imperdoável: se um dos envolvidos na briga sair correndo, não faltará quem lhe passe o pé para derrubá-lo ao chão. A briga, quando começa, tem de chegar ao fim, com um deles morto, ou perfurado a estilete" (*A prisão*, p. 18-19). A escolha do meio defensivo e o seu uso importarão na eleição daquilo que constitua a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito e não para a punição do agressor (cf. Jardim Linhares, *Legítima defesa*, p. 368). Convém analisar, em conjunto com o requisito *moderação*, a parte relativa aos meios necessários (ver nota 129 abaixo).

127. Proporcionalidade na legítima defesa: a lei não a exige (art. 25, CP), mas a doutrina e a jurisprudência brasileiras posicionam-se no sentido de ser necessária a proporcionalidade (critério adotado no estado de necessidade) também na legítima defesa. Por tal razão, se o agente defender bem de menor valor fazendo perecer bem de valor muito superior, deve responder

por excesso. É o caso de se defender a propriedade à custa da vida. Aquele que mata o ladrão que, sem emprego de grave ameaça ou violência, levava seus pertences fatalmente não poderá alegar legítima defesa, pois terá havido excesso, doloso ou culposo, conforme o caso.

128. Excesso não punível: conforme já exposto na nota 115 retro, em duas situações pode haver o excesso não sujeito a qualquer tipo de punição: a) *excesso exculpante*, fruto da perturbação de ânimo, do medo ou da surpresa exagerada no ataque. Trata-se de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, fundada na inexigibilidade de conduta diversa, que, expressamente, adotamos, pois presente no conceito de culpabilidade. Nesse caso, no entanto, é preciso que seja incluído, quando se tratar de processo do júri, um quesito específico a esse respeito, requerido pela defesa; b) *excesso acidental*: é o resultado do fortuito, isto é, pode ser que tenha havido excesso, embora o magistrado (ou os jurados) não o considere relevante para configurar o dolo ou a culpa. Absolve-se, nesse caso. No Tribunal do Júri, isto ocorre quando os jurados negarem os quesitos pertinentes ao excesso doloso e ao excesso culposo, quando já tiverem afirmado, anteriormente, ter havido excesso (falta de moderação no uso dos meios necessários). Além disso, ver: STF: "O crime acidental não se contém no gênero homicídio culposo – já que no homicídio culposo o disparo deverá decorrer de imprudência, negligência ou imperícia, e, no disparo acidental, de circunstâncias que não estão incluídas nesses conceitos, mas no caso fortuito ou força maior. Não pode o juiz, por convicção própria, deixar de formular quesito sobre crime acidental, cuja tese tenha sido sustentada pela defesa. A formulação de quesito, relativo à tese legalmente permitida no sistema legal, é obrigatória" (RHC 79.975-SP, 2.^a T.,

rel. Nelson Jobim, 23.05.2000, v. u., *RTJ* 176/1271). E também: STJ: “Reconhecida uma situação de excesso na legítima defesa, os Srs. Jurados devem ser perquiridos acerca da sua natureza (Precedentes do Pretório Excelso). Negada a forma dolosa e, também, a culposa, o réu está absolvido por força de excesso não punível (excesso por erro de tipo permissivo invencível)” (REsp 126.449-AP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 26.10.1999, v. u., *DJ* 29.11.1999, p. 182).

129. Meios necessários: são os eficazes e suficientes para repelir a agressão ao direito, causando o menor dano possível ao atacante. Quanto à utilização do meio *menos gravoso* ao agressor, subsume-se essa situação no próprio conceito de *necessariedade* (indispensável, essencial, inevitável) (cf. Américo de Carvalho, *A legítima defesa*, p. 317). Não se exige, no contexto da legítima defesa, tal como se faz no estado de necessidade, a fuga do agredido, já que a agressão é injusta. Pode ele enfrentar a investida, usando, para isso, os meios que possuir ao seu alcance, sejam eles quais forem. A exigência de fuga, como lembra Bettiol, degrada a personalidade moral, mas isso não significa que, de propósito, o sujeito procure passar próximo do local onde está o agressor, que já o ameaçou, para gerar uma situação de legítima defesa (*Diritto penale – Parte generale*, p. 260). Em igual linha: Manzini, Carrara, Ranieri, Sabatini, Santoro, Vannini, Welzel, Antolisei, Maggiore, Venditti (citações de Jardim Linhares, que com a tese concorda, *Legítima defesa*, p. 353). É curial, no entanto, mencionar a correta ressalva feita por Bento de Faria no sentido de que, “em casos excepcionais, a fuga se impõe sem acarretar vergonha, mas, ao contrário, elevando os sentimentos de quem a pratica. Assim, o filho que, embora possa reagir, prefere fugir à agressão injusta de seu pai, para não matá-lo ou molestá-lo” (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 205). É o que

se chama de *commodus discessus*, ou seja, o cômodo afastamento do local, evitando-se a situação de perigo ou agressão, em nome da prudência, sem qualquer ofensa à imagem do ofendido. Não há cálculo preciso no uso dos meios necessários, sendo indiscutivelmente fora de propósito pretender construir uma relação perfeita entre ataque e defesa. Como lembra Marcello Jardim Linhares, “a escolha dos meios deve obedecer aos reclamos da situação concreta de perigo, não se podendo exigir uma proporção mecânica entre os bens em conflito”, nem tampouco a paridade absoluta de armas. Utilizam-se as armas da razão (ob. cit., p. 343-344). Conferir: TJSP: “Com efeito, demonstrado restou que a ré agiu em legítima defesa ao atingir a vítima com uma facada na região do peito. Extraem-se dos autos que, após uma discussão, a vítima partiu para cima da ré a fim de agredi-la com um cano de ferro, momento em que, *utilizando-se da faca com a qual preparava a refeição noturna*, protegeu-se, acabando por ferir seu agressor. O laudo necroscópico (fls. 25/v.), ao constatar a existência de apenas um ferimento perfuro-inciso, permite o reconhecimento de que a ré utilizou-se moderadamente *do meio de que dispunha* para repelir injusta agressão por parte da vítima, que, segundo a prova oral, chegou a desferir um golpe com o cano de ferro atingindo as costas da ré” (RSE 260.454-3/0, Suzano, 4.^a C., rel. Passos de Freitas, 04.03.1999, v. u., grifos nossos). O agressor pode estar, por exemplo, desarmado e, mesmo assim, a defesa ser realizada com emprego de arma de fogo, se esta for o único meio que o agredido tem ao seu alcance. O direito não deve ceder ao injusto, seja a que pretexto for. Nesse sentido, pode-se mencionar acórdão tratando de uma reação a tiros empreendida por uma vendedora ambulante contra marginal jovem, presumivelmente armado, que pretendia assaltá-la: TJSP: “E, ao que

tudo indica, o revólver utilizado na reação empreendida pela valente mulher, de 45 anos de idade, contra um forte rapaz, com a metade de sua idade, pertencia ao último, que, no dizer da ré, chegou a acioná-lo duas vezes (o auto de apreensão – fls. 13 – refere a existência de duas cápsulas picotadas, mas não deflagradas). Numa disputa corporal violenta, como a que envolveu as personagens principais do delito, é difícil, senão impossível, reconhecer-se excesso doloso na reação empreendida, no caso, por parte de uma mulher, idosa, em presumível desvantagem física com o experimentado assaltante, que a acometera ou uma de suas clientes (a recorrida era dona de uma barraca de ambulante)” (RSE 175.799-3/9-SP, 4.^a C., rel. Augusto Marin, 12.07.1995, v. u.). Confira-se, ainda, a lição de Bento de Faria: “O homem que é subitamente agredido não pode, na perturbação e na impetuosidade da sua defesa, proceder à operação de medir e apreciar a sangue frio e com exatidão se há algum outro recurso para o qual possa apelar, que não o de infligir um mal ao seu agressor; se há algum meio menos violento a empregar na defesa, se o mal que inflige excede ou não o que seria necessário à mesma defesa. É preciso considerar os fatos como eles ordinariamente se apresentam, e reconhecer as fraquezas inerentes à natureza humana, não se exigindo dela o que ela não pode dar; reconhecer mesmo as exigências sociais, que podem justificar o emprego de certos meios de defesa, suposto não seja absoluta a necessidade desse emprego” (ob. cit., p. 207).

130. Ofendículo: proveniente o termo da palavra *offendiculum*, que quer dizer obstáculo, impedimento, significa o aparelho, engenho ou animal utilizado para a proteção de bens e interesses. São autênticos obstáculos ou impedimentos posicionados para atuar no momento da agressão alheia. Debate-se, na doutrina, a natureza jurídica

do ofendículo, havendo duas posições: a) *exercício regular de direito*, sob a ótica de que os obstáculos instalados na propriedade constituem o uso legítimo de um direito. Enfoca-se, com isso, o momento de instalação do ofendículo e não de seu funcionamento, que é sempre futuro. Aliás, como alerta Marcello Jardim Linhares, quando a armadilha entra em ação, não mais está funcionando o homem, motivo pelo qual não se pode admitir esteja ocorrendo uma situação de legítima defesa, mas sim de exercício de direito. E mesmo quando atinja um inocente, como uma criança que se fira em pontas de lança de um muro, atua o exercício de direito, pois não se pode considerar uma reação contra quem não está agredindo (*Estrito cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito*, p. 256-257). Assim: Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 217), Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. 2, p. 9), Mirabete (*Manual de direito penal*, v. I, p. 187), Jair Leonardo Lopes (*Curso de direito penal – Parte geral*, p. 142), Paulo José da Costa Jr. (*Direito penal – Curso completo*, p. 105); b) *legítima defesa preordenada*, voltando-se os olhos para o instante de funcionamento do obstáculo, que ocorre quando o infrator busca lesionar algum interesse ou bem jurídico protegido. Posicionamo-nos nesse sentido, como o fazem Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. I, t. II, p. 293), Noronha (*Direito penal – Parte geral*, p. 197), Assis Toledo (*Princípios básicos de direito penal*, p. 206), Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 151), Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Direito penal – Parte geral*, p. 307). O aparelho ou animal é colocado em uma determinada propriedade para funcionar no momento em que esse local é invadido contra a vontade do morador, portanto serve como defesa necessária contra injusta agressão. É certo que o ofendículo, por constituir situação de legítima

defesa, precisa respeitar os mesmos requisitos do art. 25. Deve ser necessário e moderado, pois qualquer excesso fará com que o instalador do ofendículo responda pelo resultado típico causado, por dolo ou culpa, conforme o caso concreto. Nesse sentido: STF: “Não configura dolo eventual, mas culpa – quiçá consciente – a ativação da *offendicula* na qual sequer se insinua que o agente a teria efetivado ainda quando previsse o evento morte como certo e não só como provável (Frank)” (HC 75.666-BA, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 25.11.1997, v. u.). Uma fórmula interessante para detectar a licitude do uso de ofendículos é proposta por Ranieri, que menciona o seguinte: se forem colocados de modo visível, é evidente a sua legitimidade como meio defensivo, sem qualquer restrição de intensidade, porque o agressor, conhecendo o perigo ao qual se expõe, afronta-o deliberadamente. Entretanto, se for colocado de modo oculto, somente terá legitimidade como meio de defesa se for necessário e moderado, conforme o caso concreto (*Manuale di diritto penale – Parte generale*, v. 1, p. 145). Embora creiamos ter validade essa regra para auxiliar o juiz a decidir acerca da maior ou menor reprovação que a conduta do defensor possa merecer em caso de exagero, quando o obstáculo atuar de modo intenso, ceifando a vida do agressor do patrimônio, por exemplo, tornamos ao problema da proporcionalidade, exigida majoritariamente pela jurisprudência de nossas Cortes. Trata-se, afinal, de bem indisponível (vida), pouco valendo o fato de o ofendículo estar à vista ou não. Por outro lado, quando atingir um inocente (ex.: criança que se fere em cacos de vidro colocados em cima do muro, porque foi buscar uma pipa presa em uma árvore), pode-se invocar a *legítima defesa putativa*, desde que não haja, também nessa hipótese, flagrante exagero nos meios empregados para a defesa. Em igual sentido,

encontra-se a posição de Hungria: “Suponha-se, entretanto, que ocorra uma *aberratio in persona*, isto é, que, ao invés do ladrão, venha a ser vítima do insidioso aparelho uma pessoa inocente. A nosso ver, a hipótese deve ser tratada como de legítima defesa putativa, uma vez que se comprova que o proprietário ou ocupante da casa estava persuadido de que a armadilha somente poderia colher o ladrão noturno: se foram tomadas as precauções devidas para que a armadilha não fosse fiel à sua finalidade, o evento lesivo não pode ser imputado a título de dolo, nem a título de culpa; caso contrário, configurar-se-á um crime culposos” (*A legítima defesa putativa*, p. 130-132). Heinz Zipf, no entanto, questiona o seu funcionamento contra inocentes, afirmando que, nessa hipótese, o instalador do ofendículo deve responder pelo evento causado. Alega ser “duvidosa a justificação desses meios porque eles não permitem uma individualização em seu funcionamento: um disparador automático opera não somente contra o ladrão de galinhas, senão também contra o hóspede que tenha confundido a porta de entrada. Se a instalação funciona como meio defensivo, o autor estará justificado. Do contrário, não cabe legítima defesa” (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 458). Essa postura é exagerada, uma vez que, fosse assim, os ofendículos estariam inviabilizados por completo, pois nunca se poderá garantir o seu funcionamento exclusivo contra agressores reais. Aliás, se o direito acolhe a putatividade para garantir a absolvição daquele que, justificadamente, vendo-se agredido – embora seja fruto do erro –, termina ferindo inocente, é natural que o mesmo se dê no contexto do ofendículo. Há basicamente dois tipos de obstáculos: coisas e animais. Quanto aos aparelhos e engenhos (como cercas eletrificadas, pontas de lança, arame farpaado etc.), o controle do proprietário e a re-

gulagem em relação ao funcionamento é maior e mais eficiente. Se alguém se ferir em um portão que, no alto, possui pontas de lanças, porque pretendia invadir a propriedade, ainda que morra, configura-se nítida situação de legítima defesa preordenada, necessária e moderada. A vítima, percebendo o perigo da ultrapassagem do obstáculo, aventurou-se, até por ingenuidade, acreditando poder evitar a lesão. Confirma-se caso real: “Ontem, dois pequenos moradores da Zona Norte acabaram se ferindo em lanças de portão enquanto brincavam durante a tarde nesse período de recesso escolar. Um perfurou o tórax ao cair de um rombo nas telhas da garagem de seu prédio, às 16 h, no Jardim Peri, e outro perfurou a mão na proteção, às 17 h, em Parada de Taipas. A bola colorida ainda continuava presa no telhado quando B.H.J.R., 9 anos, entrava no Centro Cirúrgico do Hospital das Clínicas (HC), Zona Oeste, para retirar a ponta da lança da grade que entrou em seu peito direito, bem na hora em que o menino escoregou para salvar a pelota isolada no jogo de futebol disputado no quintal. (...) Para o vizinho que ajudou no salvamento, o acidente era previsível. ‘Eles sempre ficam pulando para lá e para cá nessas cercas. E o pior é que, para segurança mesmo, essas lanças não adiantam nada’, disse R.S., 29 anos” (*Jornal da Tarde*, Caderno A, p. 4, 14.12.2006). A cerca eletrificada para, apenas, repelir o invasor é, também, ofendícu- lo razoável e moderado; se, por azar, na queda após o choque, o agressor terminar se lesionando mais gravemente, não se pode debitar ao proprietário, a título de excesso, esse episódio. É fruto do caso fortuito. Por outro lado, a cerca eletrificada para provocar choque fatal deve ser considerada ofendícu- lo imoderado. Quanto aos animais, especialmente cães de guarda, o proprietário tem menor controle sobre suas reações, pois são seres vivos, que atuam por instinto

de preservação do território e do dono. Não há regulagem, visto não serem aparelhos. Portanto, se um invasor for atacado por cães e terminar morrendo em virtude das lesões sofridas, trata-se de caso fortuito, não configurador de excesso. É lícito tê-los em qualquer residência ou lugar de comércio, desde que em área não acessível ao público que, legitimamente, frequenta o lugar. No mais, aquele que, durante a noite, por exemplo, invade propriedade alheia, murada, para qualquer atividade, pode ser atacado por cães, que protegem por instinto seu espaço, e morrer, configurando-se, ainda assim, a legítima defesa. Note-se que, se fosse o proprietário a dar um tiro em um mendigo invasor, poderíamos falar em excesso; porém, cães não têm discernimento para separar o invasor mendigo e o invasor assaltante, atacando-os igualmente. O proprietário do animal, por certo, não pode treiná-lo para ataques fulminantes, pois isto seria o mesmo que preparar uma cerca para matar eletrocutado o invasor. No entanto, o treinamento de defesa ou mesmo a ausência de adestramento deixa o cão trabalhar com seus instintos, que, dependendo do acontecimento, pode levar a um resultado fatal. Tal situação torna-se particularmente viável quando há mais de um cão de guarda, seja de que raça for, pois nasce aí o *instinto de matilha*, representado pelo ataque conjunto dos cães, um incentivando o outro a dar cabo da presa. Por isso, não pode o proprietário ser responsabilizado por um ofendícu- lo que lida com o instinto de animal. Por outro lado, se alguém preferir utilizar animais diferenciados para a proteção de sua propriedade, como cobras venenosas ou felinos selvagens (leões, tigres etc.), teremos a possibilidade de levantar a imoderação do ofendícu- lo, uma vez que a possibilidade de controle torna-se ainda menor. Mas o ideal é sempre analisar a situação concreta, sem fórmulas pré-concebidas.

131. Injustiça da agressão: entende-se, majoritariamente, na doutrina que *injustiça* é o mesmo que *ilicitude*, vale dizer, contrário ao direito. Valer-se da legítima defesa estaria a demandar a existência de uma agressão ilícita (não necessitando que se constitua em infração penal). Confira-se em: Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. I, p. 376); Assis Toledo (*Princípios básicos de direito penal*, p. 195), Marcello Jardim Linhares (*Legítima defesa*, p. 300-301). Para Miguel Reale Júnior, no entanto, a agressão não precisa ser considerada antijurídica, bastando que seja “injusta” sob o prisma do agredido, e não do agressor (*Antijuridicidade concreta*, p. 82). Cremos melhor a primeira posição, pois permitir a ampliação da excludente de ilicitude, admitindo-se que a *injustiça* da agressão se resolve na esfera individual do agredido, é criar um flanco inadequado para o cometimento de atos abusivos e criminosos, especialmente no campo dos delitos contra a vida.

132. Conceito de agressão: é a “conduta humana que põe em perigo ou lesa um interesse juridicamente protegido” (cf. Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 149). Eis por que não se admite legítima defesa contra animal ou coisa, que não são capazes de *agredir* alguém (inexiste ação, como ato voluntário e consciente), mas apenas atacar, no sentido de *investir contra*. Animais que atacam e coisas que colocam pessoas em risco podem ser danificados ou eliminados, mas estaremos diante do estado de necessidade defensivo. Nesse prisma, a lição de Bustos Ramírez e Valenzuela Bejas: “O perigo deve provir de uma *conduta humana* – também compreendido o inimputável –, pois, do contrário, surge o estado de necessidade. Isso porque somente se pode falar do justo e do injusto em relação ao homem” (*Derecho penal latinoamericano comparado*, p. 213). Em

sentido contrário, porém minoritário, o ensinamento de Mezger: “O ataque deve partir de um ser dotado de vida. Os objetos inanimados, ainda quando deles possa emanar um perigo, não podem atacar. Por outro lado, podem realizar uma agressão os animais vivos” (*Tratado de derecho penal*, t. I, p. 454). Animais que atacam podem ser utilizados como *instrumentos* de uma pessoa para ferir alguém, de modo que, nesse caso, a sua eliminação não constituirá estado de necessidade, mas legítima defesa, tendo em vista que eles serviram apenas de *arma* para a agressão, advinda do ser humano.

133. Agressão como ação ou omissão: certamente que uma agressão pode se realizar nas duas modalidades da conduta (positiva = ação; ou negativa = omissão). Como bem exemplifica Mezger, o carcereiro que tem a obrigação de libertar um recluso, uma vez que sua pena findou, pode gerar uma agressão, através da sua omissão ilícita (*Tratado de derecho penal*, t. I, p. 453).

134. Atualidade ou iminência: atual é o que está acontecendo (presente), enquanto iminência é o que está em vias de acontecer (futuro imediato). Diferentemente do estado de necessidade, na legítima defesa admitem-se as duas formas de agressão: atual ou iminente. Tal postura legislativa está correta, uma vez que a agressão iminente é um perigo atual, portanto passível de proteção pela defesa necessária do art. 25. Não é possível haver legítima defesa contra agressão *futura* (vide comentário abaixo) ou *passada*, que configura autêntica vingança, nem tampouco contra meras provocações, pois justificaria o retorno ao tempo do famigerado *duelo*. Em idêntico prisma: Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 204). Cabe destacar que o estado de *atualidade* da agressão necessita ser interpretado com a indispensável flexibilida-

de, pois é possível que uma atitude hostil cesse momentaneamente, mas o ofendido pressinta que vai ter prosseguimento em seguida. Continua ele legitimado a agir, sob o manto da atualidade da agressão. É o que ocorre, v. g., com o atirador que, errando os disparos, deixa a vítima momentaneamente, em busca de projéteis para recarregar a arma e novamente atacar. Pode o ofendido investir contra ele, ainda que o colha pelas costas, desde que fique demonstrada a sua intenção de prosseguir no ataque. Igualmente, não se descaracteriza a atualidade ou iminência de uma agressão simplesmente pelo fato de existir inimizade capital entre agressor e ofendido. Lembra Marcello Jardim Linhares que ambos, pelas regras da prudência, devem se evitar, mas, se houver um encontro casual, é possível a utilização da legítima defesa se um deles iniciar agressão injusta (*Legítima defesa*, p. 323-324). Quanto à agressão futura, que se tenha por certa e inevitável, o caminho não deve ser invocar a legítima defesa, que não abre mão da *atualidade* ou *iminência*, mas, eventualmente, a inexigibilidade de conduta diversa. No contexto da iminência, deve-se levar em conta a situação de perigo gerada no espírito de quem se defende. Seria demais exigir que alguém, visualizando agressão imminente, tenha de aguardar algum ato de hostilidade manifesto, pois essa espera lhe poderia ser fatal. Exemplo: o avanço do inimigo na direção do outro, carregando revólver na cintura, proferindo ameaças de morte, autoriza a reação. Aguardar que o agressor saque da arma e dê o primeiro disparo é contar com a sorte, já que o único tiro dado pode ser certo e mortal.

134-A. Legítima defesa contra atos preparatórios de um crime: como regra, é inadmissível a legítima defesa contra atos preparatórios de um delito, pois não se poderia falar em atualidade ou iminência,

embora, em casos excepcionais, seja possível. Nas palavras de Magalhães Noronha, “a agressão há de ser atual ou iminente, porém não se exclui a justificativa contra os atos preparatórios, sempre que estes denunciarem a iminência de agressão: o subtrair a pessoa a arma que um indivíduo comprou para matar um terceiro não constitui furto, agindo ela em legítima defesa de terceiro” (*Direito penal*, v. 1, p. 198). Assim também a posição de Marcello Jardim Linhares (*Legítima defesa*, p. 320).

134-B. Legítima defesa presumida: está excluída a possibilidade de existência da legítima defesa *presumida*, anteriormente admitida no direito romano, como bem coloca Jorge Alberto Romeiro: “A noite autorizava, ainda, para os romanos, a presunção de legítima defesa em favor daquele que matasse um ladrão, quando surpreendido furtando, pelo justo receio do seu ataque” (*A noite no direito e no processo penal*, p. 183).

135. Direito próprio ou de terceiro: tal como no estado de necessidade, somente pode invocar a legítima defesa quem estiver defendendo bem ou interesse juridicamente protegido. Não há possibilidade de defesa contra agressão a bem sem proteção jurídica (exemplo: não pode invocar a excludente quem está defendendo, contra subtração alheia, a substância entorpecente, não autorizada, que mantém em seu poder). Permitir que o agente defenda terceiros que nem mesmo conhece é uma das hipóteses em que o direito admite e incentiva a solidariedade. Como explica La Medica, “o princípio humanitário de poder defender-se qualquer pessoa estranha, que estivesse em perigo extremo, não era reconhecido pelas leis de Roma. O triunfo desse princípio estava reservado para outros legisladores, e essa honra coube, essencialmente, ao

cristianismo” (*O direito de defesa*, p. 17). Admite-se a defesa, como está expresso em lei, de direito próprio ou de terceiro, podendo o terceiro ser pessoa física ou jurídica, inclusive porque esta última não tem condições de agir sozinha. Merecem destaque, ainda, as especiais situações do feto e do cadáver, que não são titulares de direitos, pois não são considerados *pessoa*, isto é, não possuem personalidade, atributo que permite ao homem ser titular de direitos (arts. 2.º e 6.º, CC). Porém, como bem ressalta Manzini, tanto em um caso, quanto noutro, é admissível a legítima defesa, tendo em vista a proteção que o Estado lhes confere, criando tipos penais específicos para essa finalidade (aborto e destruição de cadáver). No caso do nascituro, o próprio art. 2.º do Código Civil menciona que a lei põe a salvo alguns de seus direitos desde a concepção, voltando-se o direito penal, então, para a proteção da vida uterina. No outro, leva-se em consideração o respeito aos mortos. De qualquer forma, são interesses da sociedade. Quando são protegidos por alguém, em última análise dá-se cumprimento fiel ao disposto no art. 25, pois são direitos reconhecidos pelo Estado. Por isso, trata-se de hipótese plausível (cf. *Trattato di diritto penale italiano*, v. 2, p. 387-388).

136. Legítima defesa de terceiro e consentimento do agredido: para a configuração da hipótese de legítima defesa de terceiro, torna-se necessário que este dê o seu consentimento para que seja protegido de um ataque? Cremos que depende do interesse em jogo. Tratando-se de bem indisponível, como a vida, é natural que o consentimento seja desnecessário. Assim também a posição de Marcello Jardim Linhares, citando o seguinte exemplo: “A amásia, rudemente espancada pelo amante, que, pressentindo a iminente reação de um circunstante, a este se oponha, para que não

seja ofendida a pessoa amada, preferindo suportar os castigos físicos a vê-la vitimada por uma intervenção inamistosa de terceiro” (*Legítima defesa*, p. 279). Não se deve, nessa situação, depender do consentimento da agredida para socorrê-la, tendo em vista que está sendo severamente espancada, o que refoge ao seu âmbito de aceitação, por tratar-se de bem indisponível. Em igual prisma, explica Américo de Carvalho que, “sendo indisponível o bem jurídico agredido (casos de agressões mortais ou de ofensas corporais graves), é claro que não pode existir qualquer dúvida de que a agressão é ilícita, pois que, mesmo que houvesse consentimento do agredido na heterolesão em curso, este seria irrelevante, seria ineficaz” (*A legítima defesa*, p. 334). Mas caso se trate de algo disponível, como o patrimônio ou mesmo a integridade física, quando se tratar de lesões leves, parece-nos importante conseguir o consentimento da vítima, caso seja possível. Note-se o exemplo ilustrativo narrado por Zipf, para justificar a busca do consentimento: cliente de hotel agride a camareira, quando esta lhe entrega uma conta. Resolve, em seguida, violentá-la. O dono do lugar, vendo a cena, dá um tiro de advertência e, sem resultado, abre fogo contra o homem, atingindo a vítima. Essa lesão não está acobertada, no seu entender, pela legítima defesa, pois não houve o consentimento da ofendida. Ela não concordou que sua vida corresse risco, para escapar da agressão sexual. Dessa forma, o consentimento da vítima, ao menos presumido, o que será deduzido diante da gravidade da agressão, deve ser buscado pelo agente da legítima defesa (*Derecho penal – Parte general*, v. 1, p. 460). Mas é fundamental mencionar a possibilidade de haver uma legítima defesa putativa, isto é, sem saber que a pessoa ofendida se opõe a qualquer tentativa de reação contra o agressor, ainda que se cuide de bem disponível, alguém

poderá agir em legítima defesa de terceiro, na credulidade de se tratar de conduta lícita e desejável.

137. Legítima defesa da honra e, particularmente, no contexto do adultério: tormentosa questão é saber se a honra pode ser defendida, validamente, pela excludente da legítima defesa, bem como – e principalmente – se existe legítima defesa da honra no adultério. Basileu Garcia defendia não ser possível falar em legítima defesa da honra, porque se trata de bem imaterial, não suscetível de periclitamento. Uma vez ofendida, a pessoa pode conseguir reparação nas esferas penal e civil, não sendo necessário valer-se da legítima defesa. Essa posição tornou-se minoritária, pois a própria Constituição garante o direito à honra e o Código Penal (art. 25) não faz distinção entre os direitos passíveis de proteção através do instituto da legítima defesa. A maioria da doutrina, atualmente, sustenta a possibilidade de reação contra agressão à honra, na esteira da lição de Mezger: “É indiferente a índole do interesse juridicamente protegido contra o qual o ataque se dirige: pode ser o corpo ou a vida, a liberdade, a honra, a honestidade, a inviolabilidade de domicílio, a situação jurídica familiar, o patrimônio, a posse etc. (...) Todo bem jurídico é suscetível de ser defendido legitimamente” – *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 454, com o que concordamos plenamente. Igualmente: Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. 2, p. 200). Aliás, alguns textos legais, a fim de evitar qualquer dúvida nesse campo, mencionam, explicitamente, a possibilidade de defesa da honra. É o caso do Código Penal mexicano, art. 15, III (Pavon Vasconcelos, *Manual de derecho penal mexicano—Parte general*, p. 287). Continua, no entanto, discutível a sua utilização no contexto do adultério. Neste caso, o grande dilema é descortinar qual é a honra atingida:

do cônjuge inocente ou do adúltero? Pregando a impossibilidade, argumentam Frederico Marques e Magalhães Noronha que a honra é individual e não pode ser “partilhada” entre os cônjuges, cada qual possuindo a sua. Além disso, a honra de quem foi infiel é que foi atingida, pois foi a parte que infringiu os deveres do casamento. Em terceiro plano, deve-se considerar que não haveria mais atualidade na agressão, uma vez que já consumada com o simples início da relação adúltera. Finalmente, se o cônjuge inocente age para salvar sua honradez, em verdade provoca, com a violência empregada, um público conhecimento do acontecido. Assim, acórdão do STJ: “Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade age em momento de transtorno mental...” (REsp 1.517-PR, rel. José Cândido, 11.03.1991). Por outro lado, é preciso verificar que a sociedade atual não coloca a questão da forma como, idealmente, deveria colocar. Vê-se o cônjuge inocente e enganado como o maculado, o frouxo, aquele que teve a sua reputação manchada, mormente se nada faz no exato momento em que constata o flagrante adultério. Admissível, pois, em nosso entender, que possa agir para preservar os laços familiares ou mesmo a sua honra objetiva, usando, entretanto, violência moderada. Exemplo: pode expulsar o amante da esposa de casa, mesmo que para isso deva empregar força física. Não deve responder por lesões corporais. Nesse prisma, já teve oportunidade de se pronunciar Luiz Vicente Cernicchiaro: “O casamento acarreta obrigações recíprocas. Uma delas, a fidelidade do ponto de vista conjugal. Daí a conduta de uma pessoa casada não ser exclusivamente de interesse seu, mas também do outro cônjuge, dada a

obrigação recíproca da fidelidade. Se fizermos investigação histórica quanto a esse problema tão polêmico, suscitado neste recurso, ver-se-á, no correr do tempo, que a sociedade brasileira vem interpretando-o de modo diverso". O que certamente não se deve tolerar jamais é a prática do homicídio contra o cônjuge adúltero como forma de "reparar" a honra ofendida, pois há evidente desproporcionalidade entre a injusta agressão e a reação. Encontra-se importante passagem em acórdão citado por Marcello Jardim Linhares, apregoando ser inadmissível que se "possa 'lavar' a alvura da honra maculada, tingindo-a no sangue de uma vida, que nem por mal vivida é vida que nos pertença. Não se pode tolerar que o homicídio por adultério passe a ser, contra a tradição civilizadora do país, 'contra toda a doçura de nossos foros jurídicos', o único delito punido com pena de morte. E morte infligida não pelo Estado, através das garantias e consectários do processo judicial, mas morte imposta pelo ofendido, sem forma nem figura de juízo, num pretório de paixão, em que falam, apenas, as vozes cegas da cólera e da vingança" (*Legítima defesa*, p. 222-223). Entretanto, convém mencionar a posição pessoal de Marcello Jardim Linhares, taxativa no sentido de se acolher a legítima defesa da honra no contexto do adultério, inclusive, se necessário, com a prática de homicídio contra o cônjuge traído: "Não nos parece censurável conceder-se a legítima defesa ao marido que, surpreendendo a esposa em flagrante adultério, dentro do lar conjugal, fere ou mata os amantes, ou qualquer deles". Justifica sua linha de pensamento, alegando que há profunda influência do ambiente e da herança na formação da alma das raças humanas, motivo pelo qual seria preciso considerar a essência da concepção do brasileiro médio acerca da honra conjugal, como valor absoluto, ressaltando que não se legisla so-

mente para o intelectual, ou para o homem que vive em uma metrópole, mais tolerante quanto aos costumes, mas também para o espírito conservador do homem médio. Destaca a pressão do meio contra o cônjuge traído, narrando que este se torna ridículo aos olhos da sociedade que o cerca se nenhuma providência tomar ao deparar-se com adultério flagrante. "O homem de caráter para o brasileiro não pode ser o tipo conjuntivo, manso e resignado, falho de emotividade, amorfo ou apático da classificação de Heymans, ante o mundo circundante, que acaso aceite compassivamente a cena de um flagrante adultério dentro de seu próprio lar (...). Não é esse o tipo *médio* do brasileiro. O caráter que prevalece dentro de nossa comunidade, compatível com a dignidade da pessoa humana, é o que resguarda com a pronta reação o plano de valores espirituais e morais que esse universalismo criou". E termina sustentando que à mulher traída idêntico direito assistiria (*Legítima defesa*, p. 232-249). Ousamos discordar dessa posição, uma vez que o direito também tem, inegavelmente, a missão de educar a sociedade, incentivando, por meio da edição de normas, pensamentos e posturas mais nobres – e outra não é a explicação para combatermos a tortura, as penas degradantes e cruéis e caminhos menos elevados para a dignificação da vida em sociedade. Dessa forma, ainda que o brasileiro *médio* possua a concepção de que a "honra se lava com sangue" – e tal postura é exercitada não somente no contexto do flagrante adultério –, torna-se indispensável que o legislador, sensível à importância do valor da vida, jamais deixe de se voltar ao direito ideal e não somente ao pensamento coletivo real, por vezes envolto de banalidade, agressividade, egoísmo e mesquinhas de toda ordem. Não se descarta, em aspecto relevante para a honra objetiva do cônjuge traído, da possibilidade de haver

uma reação momentânea, quando se depara com uma ofensa à sua imagem, mormente no delicado contexto do adultério. Toda a energia e paixão geradas em seu espírito não podem motivar, com o beneplácito da lei, um julgamento sumário, feito em regime puramente emocional, sem qualquer chance de defesa, ceifando a vida do cônjuge traidor e mesmo do amante. Por vezes, é possível encontrar uma razão mais do que plausível para ter ocorrido a traição – uma mulher maltratada pelo marido sistematicamente, que encontra amparo emocional e psicológico em seu amante; uma mulher farta das traições do próprio marido, que resolve levar vida sexual desgarrada dos deveres impostos pelo casamento; um marido massacrado por exigências injustas e freqüentes da esposa tirana, entre tantos outros aspectos –, o que convida à meditação sobre o caráter da legítima defesa da honra. Desnecessária, certamente, a solução fatal, impondo *pena de morte* a quem comete o deslize. Repita-se que o mais condizente, nessa situação, é aceitar uma reação moderada, expulsando de casa o ofensor, destruindo algum bem do traidor ou mesmo do amante, enfim, demonstrando seu inconformismo, mas sempre com o controle que se espera do ser humano preparado a viver em sociedade. A honra sexual não pode tornar-se o grande apanágio a justificar a inversão de valores e a submissão da vida à reputação, mesmo porque inúmeros mecanismos existem para reparar a situação. Atualmente, tem-se até mesmo admitido a indenização por dano moral a quem se julga traído pelo cônjuge. A evolução do pensamento humano é esperada e deve ser fomentada pelo direito, sem jamais se esquecer o legislador da realidade. O homicídio, caso aceito pelo direito como solução legítima para reparar a honra ferida, seria o atestado nítido de involução, de regressão aos costumes mais bárbaros, passo indese-

jável quando se pretende construir, cada vez mais, uma sociedade amparada pelo respeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano. Na jurisprudência, negando a legítima defesa da honra nesse contexto: TJAC: Ap. 98.000951-0, Rio Branco, Câmara Criminal, rel. Francisco Praça, 20.06.2001, m. v.

138. Outras questões polêmicas envolvendo a legítima defesa: a) *legítima defesa contra legítima defesa (legítima defesa recíproca) ou contra qualquer outra excludente de ilicitude*: não existe tal possibilidade, pois a agressão não pode ser injusta, ao mesmo tempo, para duas partes distintas e opostas. Entretanto, pode haver legítima defesa real contra legítima defesa putativa (ou contra outra excludente putativa), uma vez que a primeira é reação contra agressão verdadeiramente injusta e a segunda é uma reação a uma agressão imaginária, embora na mente da pessoa que se defende ela exista. No primeiro caso, exclui-se a anti-juridicidade; no segundo, afasta-se a culpabilidade. Convém destacar, ainda, que há possibilidade de absolvição de ambos os contendores, caso aleguem ter agido em legítima defesa, por não se apurar, durante a colheita da prova, de quem partiu a primeira agressão, considerada injusta. Absolve-se não pelo reconhecimento da legítima defesa recíproca, mas por insuficiência de provas; b) *legítima defesa contra pessoa jurídica*: é possível, pois a pessoa jurídica materializa sua vontade através de seres humanos, constituindo, pois, abertura razoável para haver injusta agressão. Se um funcionário vê um aviso, dependurado no mural da empresa em que trabalha, contendo flagrantes impropérios contra a sua pessoa, poderá destruir o vidro que o separa do referido aviso para eliminá-lo, em defesa de sua honra. Nesse prisma, De Marsico, *Diritto penale – Parte generale*, p. 105; Célio de Melo Almada, *Legítima defesa*, p. 66-67;

c) *legítima defesa contra agressão de inimputáveis*: é cabível, pois a lei exige apenas a existência de agressão injusta, e as pessoas inimputáveis podem agir voluntária e ilicitamente, embora não sejam culpáveis. Hungria dizia ser hipótese de estado de necessidade, equiparando o inimputável ao ser irracional, embora não se deva chegar a esse extremo. No mesmo sentido: “quando a causa do perigo da lesão de um direito subjetivo alheio é uma pessoa que não tem capacidade para cometer um ilícito jurídico (e é o caso das pessoas que, por efeito de uma causa natural, não têm capacidade de direito penal), a ofensa ameaçada não é injusta, e, em consequência, não existe a situação de legítima defesa, mas, desde que estejam presentes todos os requisitos da situação de necessidade, existe esta” (Enrico Contieri, *O estado de necessidade*, p. 116). Como já ressaltado, no entanto, entendemos tratar-se de hipótese de legítima defesa.” Mas, para reagir contra agressão de inimputável, exige-se cautela redobrada, justamente porque a pessoa que ataca não tem consciência da ilicitude do seu ato. É o que se chama de “legítima defesa ético-socialmente limitada” (cf. Américo de Carvalho, *A legítima defesa*, p. 254). Vale mencionar a lição de Heinz Zipf no sentido de que, diante da agressão de crianças, enfermos mentais, ébrios, pessoas em estado de erro, indivíduos tomados por violenta emoção, enfim, que não controlam, racionalmente, seus atos, cabe invocar a legítima defesa, pois não deixam de se constituir em atitudes, ilícitas (agressões injustas), mas não cabe o exercício de uma defesa *ofensiva*. Esses tipos de agressão devem ser contornados, na medida do possível, iludindo-se o agressor, em lugar de feri-lo (*Derecho penal—Parte general*, v. 1, p. 453). Outro exemplo, trazido por Célio de Melo Almada: “A solução da controvérsia, porém, quer nos parecer, depende do exame do caso concreto. *A* está no interior de sua casa, que

é invadida por *B*, cujo estado de alienação mental aquele desconhece. *B* avança contra *A*, de arma em punho, ameaçando-o de agressão. *A* revida a agressão iminente e fere ou mata *B*. As condições objetivas do fato levam a admitir a excludente da legítima defesa” (*Legítima defesa*, p. 66); d) *legítima defesa sucessiva*: é possível. Trata-se da hipótese em que alguém se defende do excesso de legítima defesa. Assim, se um ladrão é surpreendido furtando, cabe, por parte do proprietário, segurá-lo à força até que a polícia chegue (constrangimento admitido pela legítima defesa), embora não possa propositamente lesar sua integridade física. Caso isso ocorra, autoriza o ladrão a se defender (é a legítima defesa contra o excesso praticado); e) *legítima defesa contra multidão*: é admissível, pois o que se exige é uma agressão injusta, proveniente de seres humanos, pouco interessando sejam eles individualizados ou não. Reforce-se a ideia com a dissertação de Marcello Jardim Linhares: “Não deixará de ser legítima a defesa exercitada contra a multidão, conquanto em seu todo orgânico reúna elementos nos quais se possa reconhecer culpa e inocência, isto é, pessoas ativas ao lado de outras inertes (...) não seria a culpa dos componentes do grupo que daria origem à legítima defesa, mas a ofensa injusta, considerada do ponto de vista do atacado. Na multidão há uma unidade de ação e fim, no meio da infinita variedade de seus movimentos com uma só alma” (*Legítima defesa*, p. 166). Em sentido contrário, visualizando, nessa hipótese, estado de necessidade, porque a multidão não tem personalidade jurídica, provocando somente um perigo, mas não uma agressão, a lição de De Marsico (ob. cit., p. 105); f) *legítima defesa contra provocação*: é inadmissível, pois a provocação (insulto, ofensa ou desafio) não é suficiente para gerar o requisito legal, que é a *agressão*. Nessa ótica, a preleção de Eusebio Gómez, dizendo ser impe-

rioso distinguir a agressão da simples provocação, questão difícil de resolver, já que não serve para gerar o estado de perigo necessário para considerar-se legítima a defesa (*Tratado de derecho penal*, t. I, p. 562). Fazemos, no entanto, uma ressalva: quando a provocação for insistente, torna-se verdadeira agressão, justificando, pois, a reação, sempre respeitado o requisito da moderação. Observe-se, ainda, que não se elimina a possibilidade de alguém agir em legítima defesa, embora tenha provocado outra pessoa. Da mesma forma que se sustenta ser inadmissível agir em legítima defesa contra provocação, deve-se acolher a idéia de que, quando alguém reagir contra a provocação, está, na verdade, agredindo injustamente. Exemplificando: se A provocar B e este, em represália, buscar agredi-lo, é natural que A possa agir em legítima defesa; g) *legítima defesa contra animais*: é inadmissível. Trata-se de estado de necessidade defensivo. Ver a nota 132 supra; h) *legítima defesa nas relações familiares*: pode configurar-se situação intolerável, mormente quando se levar em consideração a possibilidade de haver exercício regular de direito por parte dos pais com relação aos filhos menores (ver as notas 112-A, b, e 113, c, supra). Logo, a ninguém é dado o direito de intervir contra o pai que, por exemplo, castigue moderadamente seu filho, com o propósito de educá-lo. Porém, havendo excesso, certamente poderá haver a utilização da legítima defesa, seja do filho contra o pai, seja de terceiro em favor do primeiro. Por outro lado, qualquer agressão do marido contra a esposa – ou desta contra aquele – não será considerada exercício regular de direito – embora no passado já se tenha admitido a hipótese de o marido corrigir a mulher, exatamente como faz com os filhos menores, baseado no seu poder como chefe da sociedade conjugal – razão pela qual admite-se a legítima defesa própria ou de terceiro.

Aliás, como inadmitimos a possibilidade de o marido exigir da mulher a conjunção carnal, mediante o uso de violência ou grave ameaça (vide nota 113, a, supra), consideramos perfeitamente lícita a utilização, pela mulher assediada com rudeza pelo esposo, da legítima defesa. Os que sustentam – embora hoje minoritários – o uso da excludente do exercício regular do direito pelo marido que *estupra* a esposa, logicamente não podem aquiescer com a utilização da legítima defesa, pois não se pode contrapor reação a uma agressão justa; i) *legítima defesa putativa e embriaguez voluntária ou culposa*: ver a nota 17-A ao art. 28; j) *legítima defesa por omissão*: embora hipótese rara, é viável. Imagine-se que o carcereiro único do estabelecimento penal tenha sido ameaçado de morte por determinado preso perigoso, dizendo este que, ao primeiro momento possível, irá matá-lo. Antes de qualquer providência, como a transferência do detento para outro estabelecimento penal ou a remoção do próprio carcereiro ameaçado, chega o alvará de soltura. É possível que esse agente penitenciário não o cumpra de imediato, para evitar agressão iminente e injusta contra sua vida, tendo em vista a concretude da ameaça realizada. Em tese, estaria praticando o delito de cárcere privado, mas assim age para garantir, antes, a sua remoção do presídio, deixando ao seu sucessor a tarefa de cumprir o mencionado alvará. Em decorrência disso, o potencial agressor ficaria, por exemplo, preso um dia a mais. Em situação normal, constituiria o referido delito cárcere privado. Naquela circunstância específica, entretanto, representou a defesa do carcereiro contra agressão iminente. É possível que se diga poder o condenado, depois de solto, sair ao encalço do agente penitenciário, buscando efetivar a ameaça realizada. Não importa. Ainda assim, o carcereiro não está obrigado a ele mesmo, vítima em potencial,

abrir a cela para ser morto de imediato. Que outro o faça, enquanto ele registra a ocorrência de ameaça, toma providências legais, busca proteção, enfim, procura outros mecanismos para evitar o mal que o ronda. Note-se: não se está sustentando dever o condenado, cuja pena chegou ao fim, ficar preso indefinidamente somente porque resolveu matar certo carcereiro. Argumenta-se, apenas, com a hipótese de não ser obrigado o próprio ameaçado a cumprir a ordem de soltura, colocando sua vida em risco de imediato. Sua inércia em não soltar o algoz, até que se julgue protegido, é medida de legítima defesa. Aliás, como demonstramos na nota 133 supra, o carcereiro também pode cometer uma agressão injusta, deixando de soltar o preso, ao chegar o alvará de soltura, caso não tenha justificado motivo para tanto; l) *legítima defesa praticada por inimputáveis e ébrios*: é admissível. Além do que já expusemos na nota 108 supra, para a qual remetemos o leitor, acrescentamos que as pessoas deficientes mentais ou em crescimento, bem como embriagadas, podem ter perfeita noção de autopreservação. Em situações de perigo, como as desenhadas pela legítima defesa, têm elas noção suficiente, como regra, de que se encontram em situação delicada e precisam salvar-se. No caso do ébrio, ensina Célio de Melo Almada, comentando acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que afastou a legítima defesa praticada por pessoa embriagada, o seguinte: “A embriaguez só oblitera a consciência no estado mais evoluído. Afirmar-se, pois, que esse estado impede que o agredido tenha consciência da defesa do seu direito, como fez o aresto citado, não nos parece muito exato. Acresce que no exercício da discriminante, como já assinalamos antes, fala alto o instinto de conservação, embora não seja este a justificação jurídica do instituto. Assim, um ébrio que receba de inopino uma agressão a que deu causa, sentindo a injus-

tiça dessa agressão, porque ainda não em estado de comoção cerebral, pode revidá-la e acredito que ninguém dirá que não o tenha feito em legítima defesa” (*Legítima defesa*, p. 66); m) *legítima defesa putativa e pretexto de legítima defesa*: a legítima defesa putativa, quando autêntica, configura hipótese de erro, logo, sendo justificável, pode conduzir à absolvição (art. 20, § 1.º, CP). No entanto, há a possibilidade de o agente *simular* uma situação em que estaria sob agressão, a fim de poder atacar outrem. Esse simulacro de legítima defesa não pode ser considerado erro, merecendo punição. “Evidentemente, não é de confundir-se a legítima defesa putativa com o chamado *pretexto de legítima defesa*, em que o indivíduo age na plena consciência de que, com a sua conduta violenta, não se acha em estado de legítima defesa. E ainda mesmo que o agente proceda na *dúvida* sobre a identidade entre a sua ação e a ação autorizada *in abstracto* pela lei, já não há falar-se em legítima defesa putativa: apresenta-se também, em tal caso, um crime doloso, pois que, como diz De Marsico, *chi arrischia vuole*” (cf. Hungria, *A legítima defesa putativa*, p. 114).

Excludentes de Ilícitude

Legais (previstas expressamente no CP)

I) *Parte Geral*

- a) estado de necessidade (arts. 23, I, e 24)
- b) legítima defesa (arts. 23, II, e 25)
- c) estrito cumprimento do dever legal (art. 23, III)
- d) exercício regular de direito (art. 23, III)

II) *Parte Especial*

- a) aborto necessário (art. 128, I)
- b) aborto no caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, II)
- c) ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador (art. 142, I)

d) opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica (art. 142, II)

e) conceito desfavorável emitido por funcionário público em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever de ofício (art. 142, III)

f) ingresso ou permanência em casa alheia ou em suas dependências, durante o dia, observando-se as formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência (art. 150, § 3.º, I), ou a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está ali sendo praticado (150, § 3.º, II)

g) subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente (art. 156, § 2.º)

III) *Excludentes previstas em leis não-penais*

Há várias situações que podem autorizar o exercício de um direito (ex.: o serviço postal abrir a carta com conteúdo suspeito – art. 10 da Lei 6.538/78), ou mesmo da legítima defesa (ex.: retomar o imóvel esbulhado hoje em seguida à invasão – art. 1.210, § 1.º, CC), e também de estado de necessidade (ex.: abater animal protegido pela lei ambiental quando realizado para saciar a fome do agente ou de sua família – art. 37, I, Lei 9.605/98).

Supralegal (implícita no ordenamento jurídico)

– consentimento do ofendido (nota 107)

DIFERENÇAS ENTRE O ESTADO DE NECESSIDADE E A LEGÍTIMA DEFESA

Estado de Necessidade	Legítima Defesa
1) Há um conflito entre titulares de bens ou interesses juridicamente protegidos	1) Há um conflito entre o titular de um bem ou interesse juridicamente protegido e um agressor, agindo ilicitamente
2) A atuação do agente do fato necessário pode voltar-se contra pessoas, animais e coisas	2) A atuação do titular do bem ou interesse ameaçado somente se pode voltar contra pessoas
3) O bem ou interesse juridicamente tutelado está exposto a um perigo atual	3) O bem ou interesse juridicamente tutelado está exposto a uma agressão atual ou iminente
4) O agente do fato necessário pode voltar-se contra terceira parte totalmente inocente	4) O titular do bem ou interesse ameaçado somente está autorizado a se voltar contra o agressor
5) Pode haver ação contra agressão justa (estado de necessidade recíproco)	5) Deve haver somente ação contra agressão injusta (ilícita)
6) Deve haver proporcionalidade entre o bem ou interesse sacrificado e o bem ou interesse salvo pela ação do agente do fato necessário	6) É discutível a necessidade da proporcionalidade entre o bem ou interesse sacrificado, pertencente ao agressor, e o bem ou interesse salvo, pertencente ao agredido
7) Há, como regra, ação	7) Há, como regra, reação
8) O agente do fato necessário, se possível, deve fugir da situação de perigo para salvar o bem ou interesse juridicamente tutelado (subsidiariedade do estado de necessidade)	8) O agredido não está obrigado a fugir, podendo enfrentar o agressor, que atua ilicitamente

Da imputabilidade penal¹

1. Conceito de imputabilidade: “imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como sabemos, um dos elementos da culpabilidade” (Aníbal Bruno, *Direito penal – Parte geral*, t. II, p. 39). Ou, como ensina Odin Americano: “É a roda mestra do mecanismo da culpabilidade, pois toda a força animada ou inanimada, alheia ao bem ou ao mal, não poderá responder pelo evento que ‘causou’ por não ser causa consciente e livre” (*Da culpabilidade normativa*, p. 330). A antiga Parte Geral do Código Penal, antes da reforma de 1984, classificava esse título como “Da responsabilidade”, o que, de fato, merecia ser alterado. Enquanto imputabilidade é a capacidade de ser culpável e culpabilidade é juízo de reprovação social que pode ser realizado ao imputável, responsabilidade é decorrência da culpabilidade, ou seja, trata-se da relação entre o autor e o Estado, que merece ser punido por ter cometido um delito. Os conceitos não se confundem, embora possam ser interligados. O que está preceituado no Título III do Código Penal (arts. 26 a 28) é matéria de imputabilidade, e não de responsabilidade, observando-se, ademais, que a opção legislativa concentrou-se em fixar as causas de exclusão da imputabilidade penal, mas não o seu conceito, exatamente nos moldes de outros Códigos, como ocorre na Espanha (cf. Enrique Esbec Rodríguez, *Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*, p. 114).

Inimputáveis²

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental³ ou desenvolvimento

mental incompleto ou retardado,⁴⁻⁵ era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.^{6-6-A}

Redução de pena

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental⁷ ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

2. Elementos e critérios para apurar a inimputabilidade penal: para ter condições pessoais de compreender o que fez, o agente necessita de *dois elementos*: I) *higidez biopsíquica* (saúde mental + capacidade de apreciar a criminalidade do fato); II) *maturidade* (desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas, ter capacidade para realizar-se distante da figura dos pais, conseguir estruturar as próprias idéias e possuir segurança emotiva, além de equilíbrio no campo sexual). No Brasil, em vez de se permitir a verificação da maturidade, caso a caso, optou-se pelo critério cronológico, isto é, ter *mais de 18 anos*. Os *critérios* para averiguar a inimputabilidade, quanto à higidez mental, são os seguintes: a) *biológico*: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o juízo fique absolutamente dependente do

laudo pericial; b) *psicológico*: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) *biopsicológico*: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente sã e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. É o princípio adotado pelo Código Penal, como se pode vislumbrar no art. 26. Constitui, também, o sistema de outras legislações, como a espanhola, ressaltando Enrique Esbec Rodríguez que o perito se pronuncia sobre as bases antropológicas e o juiz sobre a imputação subjetiva. Logo, não é suficiente que haja algum tipo de enfermidade mental, mas que exista prova de que esse transtorno afetou, realmente, a capacidade de compreensão do ilícito, ou de determinação segundo esse conhecimento, à época do fato (*Psicología forense y tratamiento jurídico legal de la discapacidad*, p. 118-119). Na jurisprudência: STJ: “Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora, entre nós, o critério biopsicológico normativo. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v. g., perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i. e., no momento da ação criminosa” (HC 33.401-RJ, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v. u., DJ 03.11.2004, p. 212).

3. Conceito de doença mental: trata-se de um quadro de alterações psíquicas qua-

litativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas (antes chamadas de psicose maniaco-depressiva ou acessos alternados de excitação e depressão psíquica) e outras psicoses (cf. Wagner F. Gattaz, *Violência e doença mental: fato ou ficção?*). O conceito deve ser analisado em sentido lato, abrangendo as doenças de origem patológica e de origem toxicológica. São exemplos de doenças mentais, que podem gerar inimputabilidade penal: epilepsia (acessos convulsivos ou fenômenos puramente cerebrais, com diminuição da consciência, quando o enfermo realiza ações criminosas automáticas; a diminuição da consciência chama-se ‘estado crepuscular’); histeria (desagregação da consciência, com impedimento ao desenvolvimento de concepções próprias, terminando por falsear a verdade, mentindo, caluniando e agindo por impulso); neurastenia (fadiga de caráter psíquico, com manifesta irritabilidade e alteração de humor); psicose maniaco-depressiva (vida desregrada, mudando humor e caráter alternativamente, tornando-se capaz de ações cruéis, com detrimento patente das emoções); melancolia (doença dos sentimentos, que faz o enfermo olvidar a própria personalidade, os negócios, a família e as amizades); paranóia (doença de manifestações multiformes, normalmente composta por um delírio de perseguição, sendo primordialmente intelectual; pode matar acreditando estar em legítima defesa); alcoolismo (doença que termina por rebaixar a personalidade, com frequentes ilusões e delírios de perseguição); esquizofrenia (perda do senso de realidade, havendo nítida apatia, com constante isolamento; perde-se o elemento afetivo, existindo introspecção; não diferencia realidade e fantasia); demência (estado de enfraquecimento mental, impossível de remediar, que desagrega a personalidade); psicose carcerária (a mudança de ambiente faz surgir

uma espécie de psicose); senilidade (modalidade de psicose, surgida na velhice, com progressivo empobrecimento intelectual, idéias delirantes e alucinações). Convém, no entanto, mencionar o alerta oportuno de Tobias Barreto, nesse contexto: “Não há dúvida que, se todas as afecções mórbidas, exclusivas da imputabilidade, tivessem uma rubrica legal, havia mais garantias contra a injusta condenação de alienados, tidos em conta de espírito normais, e não menos injusta absolvição de verdadeiros facínoras, tomados por insensatos. Mas isso será possível? Talvez que não; e esta impossibilidade, que se levanta em terreno comum aos juristas e aos médicos, provém menos do lado do direito do que do lado da medicina. A proposição pode causar uma certa estranheza, porém, não deixa de ser verídica. Na falta de outras provas, bastaria lembrar o seguinte fato: ainda hoje os alienistas psiquiatras não estão de acordo sobre o modo exato de denominar as moléstias mentais, determinar o seu conceito e sujeitá-las a uma classificação. Cada autor apresenta a sua maneira de ver, que pode ser mais ou menos aceitável, mas não é definitiva. (...) A exuberância de termos, que fazem o cortejo de uma idéia, encerra alguma coisa de parecido com o guarda-roupa de um *dandy*. Assim como este, dentre seus vinte *fracs*, tem sempre um que mais lhe assenta, ou de dentre as suas cinqüenta gravatas, sempre uma, que melhor lhe fica, da mesma forma sucede com o pensamento. A riqueza dos sinônimos não o inibe de achar uma expressão, que mais lhe convenha. Mas isto mesmo é o que não se dá na questão, que nos ocupa. Ao ser sincera, a ciência deve confessar que ainda não chegou a indicar o termo mais apropriado ao conceito de alienação do espírito, e a formular uma definição que se adapte a todo o definido” (*Menores e loucos em direito criminal*, p. 88-90). A preocupação do autor, exposta em

1884, não obteve alteração até o presente. Definir, com precisão, *doença mental*, estabelecendo seus limites e, com exatidão, seus casos concretos, está distante de ocorrer.

4. Conceito de desenvolvimento mental incompleto ou retardado: trata-se de uma limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo sem capacidade de comunicação.

4-A. A verificação do indígena: nem sempre o índio deve ser considerado inimputável ou semi-imputável, mormente quando estiver integrado à civilização. Portanto, depende da análise de cada caso concreto. Na jurisprudência: STF: “Inexiste razão para a realização de exames psicológico ou antropológico se presentes, nos autos, elementos suficientes para afastar qualquer dúvida sobre a imputabilidade de indígena, sujeitando-o às normas do art. 26 e parágrafo único do CP. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado em favor de índio Guajajara, condenado, por juízo federal, pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, *caput* e § 1.º, II, e 14 da Lei 6.368/76 [atuais arts. 33, *caput* e § 1.º, II, e 35 da Lei 11.343/2006] e art. 10 da Lei 9.437/97 [art. 12 da Lei 10.826/2003]. Pleiteava-se, de forma alternativa, a anulação do processo, *ab initio*, a fim de que se realizasse o exame antropológico ou a atenuação da pena (Lei 6.001/73, art. 56, parágrafo único), assim como para garantir seu cumprimento no regime semi-aberto em local próximo da habitação do paciente. Tendo em conta que a sentença afirmara a incorporação

do paciente à sociedade, considerou-se que ele seria plenamente imputável e que o laudo pericial para a comprovação de seu nível de integração poderia ser dispensado. Asseverou-se que o grau de escolaridade, a fluência na língua portuguesa, o nível de liderança exercida na quadrilha, entre outros, foram suficientes para formar a convicção judicial de que o paciente seria inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. No tocante à diminuição da pena, ressaltou-se que esta já fora efetuada pelo juízo quando proferida a sentença. HC deferido parcialmente para que o juiz da execução observe, quanto possível, o parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73: 'Art. 56. *No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado* ') (HC 85.198-MA, 1.^a T., rel. Eros Grau, 17.11.2005, *Informativo* 409).

5. Doenças da vontade e personalidades anti-sociais: são anomalias de personalidade que *não excluem a culpabilidade*, pois não afetam a inteligência, a razão, nem alteram a vontade. Ex.: o desejo de aparecer; os defeitos ético-sexuais; a resistência à dor; os intrometidos, entre outros. Denominam-se *personalidades instáveis*. No mesmo contexto estão as chamadas personalidades anti-sociais: "São as predisponentes para atos contra a sociedade, tais como indiferença pelos sentimentos alheios; desrespeito por normas sociais; incapacidade de manter relacionamentos, embora não haja dificuldades em estabelecê-los; baixo limiar para descarga de agressão e violência;

incapacidade de experimentar culpa e aprender com a experiência, particularmente punição; propensão marcante para culpar os outros ou para oferecer racionalizações plausíveis para o comportamento que levou ao conflito com a sociedade" (Wagner G. Gattaz, *Violência e doença mental: fato ou ficção?*). Como bem diz Roberto Lyra, "a especificação psicológica ou psiquiátrica detém-se nas fronteiras. Loucura, anormalidade, normalidade? Em relação a quê? Notas caracterológicas, por exemplo, não são sintomas mórbidos. Neuroses, simples colorações psicofísicas da conduta, não afetam os processos mentais" (*Criminologia*, p. 86). Na mesma ótica, ensina Mario Fedeli o seguinte: "Pode-se dizer que 'em todos os homens encontramos traços' de mecanismos neuróticos, 'ainda que de maneira menos vistosa e menos persistente, ao passo que uma perfeita compensação e equilíbrio entre o Eu racional e as forças inconscientes é um fenômeno muito raro e dificilmente realizável'. Essas palavras do psiquiatra inglês Storr fixam um conceito fundamental: que a obtenção da perfeita e completa integração psíquica é muito rara no homem e que, conseqüentemente, os limites entre o 'normal' e o 'patológico' são indefinidos e incertos em psicologia" (*Temperamento, caráter, personalidade. Ponto de vista médico e psicológico*, p. 253). Por isso, é preciso muita cautela, tanto do perito, quanto do juiz, para averiguar as situações consideradas limítrofes, que não chegam a constituir normalidade, pois que personalidade anti-social, mas também não caracterizam a anormalidade a que faz referência o art. 26. Pessoas que se valem, durante muito tempo, de substâncias entorpecentes de toda ordem ou são naturalmente agressivas podem desenvolver processos explosivos que as conduzem ao crime – ainda que violento e perverso –, sem que isso implique na constatação de

doença mental ou mesmo perturbação da saúde mental. Devem responder pelo que fizeram, sofrendo o juízo pertinente à culpabilidade, sem qualquer benefício – e por vezes até com a pena agravada pela presença de alguma circunstância legal. Lembremos o alerta feito por Carlota Pizarro de Almeida: “Em caso algum, uma personalidade anti-social deverá ser considerada indício de doença mental, ou sujeita a medidas de ‘tratamento’. Muitos criminosos (e não só...) têm personalidades anti-sociais, sem que isso seja motivo de internamento” (*Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, p. 102). Aliás, alguns autores chamam a *personalidade anti-social de loucura moral*. Confira-se em Roque de Brito Alves: “Entendemos que o grande perverso é sempre aquele cuja personalidade não tem, não apresenta inibições ou freios morais, éticos, insensível sempre às exigências morais e afetivas mais elementares ou comuns, indiferente ou desajustado, assim, ao seu grupo ou ambiente social” (*Crime e loucura*, p. 119). “Inclusive, é capaz de dormir o sono mais tranquilo após praticar o delito mais atroz, em sono mais profundo do que o sono dos justos... A sua geralmente terrível conduta criminosa é mais em termos de instintos os mais primitivos, sem freio inibitório algum, moral ou afetivo, simples produto de sua maldade ou egoísmo anômalo” (ob. cit., p. 120). “Ou seja: o louco moral, a personalidade psicopática amor al entende racionalmente, coincidentemente, o que faz e tem controle e determinação quanto à sua conduta, porém está privado, não tem inibição ou freio afetivo ou moral para não fazer o mal e nem sentir dor ou sofrimento em fazer o mal, terá prazer, e não sente ou experimenta prazer ou satisfação em fazer o bem, não se motivando em tal sentido, apenas para o mal ou maldade (Ferrio, Leyrie, Biondi, Ponti)” (ob. cit., p. 121).

É, em suma, a loucura moral distintamente como doença dos sentimentos, anomalia da afetividade, eliminadora do senso moral, porém deixando íntegros o intelecto e a vontade. É incapacidade de sentimentos morais com capacidade intelectual ou volitiva, distúrbio da afetividade sem distúrbio simultâneo cognoscitivo ou volitivo” (ob. cit., p. 127).

6. Importância da perícia médica: tendo em vista que a lei penal adotou o critério misto (biopsicológico), é indispensável haver laudo médico para comprovar a doença mental ou mesmo o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (é a parte biológica), situação não passível de verificação direta pelo juiz. Entretanto, existe, ainda, o lado psicológico, que é a capacidade de se conduzir de acordo com tal entendimento, compreendendo o caráter ilícito do fato. Essa parte pode ser de análise do juiz, conforme as provas colhidas ao longo da instrução. É certo que se diz que o magistrado não fica vinculado ao laudo pericial, valendo-se, inclusive, do disposto no art. 182 do Código de Processo Penal (TJSP: “De se observar que nosso estatuto processual penal adota o sistema liberatório na apreciação dos laudos periciais, deixando ao prudente arbítrio do juiz aceitar ou rejeitar os laudos” – EI 153.332-3/0, 4.^a C., rel. Cerqueira Leite, 02.11.1995, m. v.), embora seja imprescindível mencionar que a rejeição da avaliação técnica, no cenário da inimputabilidade, não pode conduzir à substituição do perito pelo juiz. Portanto, caso não creia na conclusão pericial, deve determinar a realização de outro exame, mas não simplesmente substituir-se ao experto, pretendendo avaliar a doença mental como se médico fosse. A parte cabível ao magistrado é a psicológica, e não a biológica. Nesse sentido: STJ: “Não se reconhece a alegada nulidade pelo indeferimento de pedido de

inclusão de quesitos sobre semi-imputabilidade do paciente, se tal negativa se deu com base na existência de laudo pericial conclusivo sobre a imputabilidade do réu, inexistindo qualquer causa superveniente à apresentação da prova técnica, apta a ensejar dúvidas e motivar a inclusão de quesitos a esse respeito” (HC 9.714-SP, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 07.10.1999, v. u., DJ08.11.1999, p. 83). TAPR (atual TJPR): “Não pode o juiz, havendo prova pericial afirmativa da inimputabilidade dos réus, desprezá-la, com base em considerações pessoais” (Ap. 43.663-2, 4.^a C., rel. Moacir Guimarães, 12.12.1991, RT 678/365); TJSP: “Nessa conjuntura, não pode prevalecer uma pronúncia que, pautando-se em conclusão pericial de inteira inimputabilidade, por engano técnico-legal (não por convicção), acaba concluindo, aliás sem algum comentário, precisamente contra esse dito acolhido laudo” (Ap. 59.088-3, 4.^a C., rel. Ary Belfort, 09.05.1988, v. u., RT 631/285); “Ora, é antigo o entendimento no sentido de que ‘o juiz não fica adstrito à prova técnica, mas, para dela divergir, é necessário que disponha de fortes e convincentes elementos de convicção, sobrepondo-se à opinião autorizadora dos expertos’ (TFR, rel. Torreão Braz, DO 06.08.1980, na obra acima indicada, p. 822)” (HC 245.012-3, Lins, 6.^a C., rel. Djalma Lofrano, 11.12.1997, v. u.).

6-A. Inimputabilidade e o princípio processual da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*): a questão é complexa e não comporta resposta única. Primeiramente, relembremos que o princípio processual invocado determina que, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do réu – afinal, seu estado natural é o de inocência. Prevalece, em situação duvidosa, o interesse do acusado. Pois bem: por outro lado, acabamos de expor o grau de dificulda-

de existente para apurar a inimputabilidade, em especial quando proveniente de doença mental e sua capacidade de influenciar no discernimento do agente no momento da prática da conduta. Imaginemos que, no caso concreto, os peritos que avaliaram o réu não consigam chegar a uma conclusão unânime – se imputável ou inimputável –, deixando o magistrado em dúvida. Qual o caminho a seguir? Valendo-se da prevalência do interesse do réu, deve o juiz considerá-lo imputável, aplicando-lhe pena, ou inimputável, submetendo-o a medida de segurança? Podemos destacar, ao menos, três posições: a) o julgador estaria atrelado ao que foi alegado pelo réu, em sua defesa, ou seja, se sustentou ser inimputável, requerendo, inclusive, a realização do exame de insanidade mental, essa deve ser a solução adotada; se, porventura, alegou imputabilidade, em caso de dúvida, o juiz assim deve considerá-lo; b) a presunção natural é a de que as pessoas são capazes, razão pela qual o estado de inimputabilidade é anormal. Assim sendo, em caso de dúvida, deve-se considerar o réu imputável, com a consequente aplicação de pena; c) o estado de inimputabilidade e suas consequências têm origem normativa, razão pela qual, somente na situação concreta, caberá ao juiz decidir se é melhor para o réu considerá-lo imputável ou inimputável (cf. Carlota Pizarro de Almeida, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, p. 56-60). A primeira posição não nos parece adequada, pois o que está em jogo é a liberdade do acusado e, o que é mais grave, se o Estado deve puni-lo, aplicando a pena, ou submetê-lo a tratamento curativo, firmando a medida de segurança. Portanto, não se trata de direito disponível e de livre escolha da defesa. A segunda posição parece-nos simples demais. É verdade que todos nascemos presumidamente sãos, sendo esse o nosso estado natural. Entretanto, decidir em função somente

dessa presunção pode acarretar grave erro judiciário, impondo pena e remetendo ao cárcere uma pessoa que não tinha condições de entender o ilícito, comportando-se de acordo com esse entendimento. Em suma, mais adequada é a terceira posição. O juiz, em caso de dúvida quanto à insanidade do réu, deve verificar, no caso concreto, conforme o tipo de doença mental afirmado por um ou mais peritos, bem como levando em consideração o fato criminoso cometido, qual caminho é o melhor a ser trilhado, em função da prevalência do interesse do acusado. Deve, ainda, o julgador lembrar-se do disposto no art. 183 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), permitindo a conversão da pena em medida de segurança. Uma pessoa mentalmente saudável, colocada entre doentes mentais, tende a sofrer muito mais – e até enlouquecer; um indivíduo insano, colocado entre os que sejam mentalmente sãos, em face de seu limitado grau de compreensão, inclusive quanto à sua situação, padece menos, além do que é juridicamente possível, a qualquer tempo, transformar sua pena em medida de segurança.

7. Conceito de perturbação da saúde mental: não deixa de ser também uma forma de doença mental, embora não retirando do agente, completamente, a sua inteligência ou a sua vontade. Perturba-o, mas não elimina a sua possibilidade de compreensão, motivo pelo qual o parágrafo único tornou a repetir o “desenvolvimento mental incompleto ou retardado”, bem como fez referência a não ser o agente *inteiramente* capaz de entender o caráter ilícito do fato ou mesmo de se determinar de acordo com tal entendimento. Nesse caso, não há eliminação completa da imputabilidade; logo, pode o agente sofrer o juízo de reprovação social inerente à culpabilidade, embora o juiz seja levado a *atenuar* a censura feita, reduzindo a pena de 1/3 a 2/3. Além disso, caso a *perturba-*

ção da saúde mental (como dissemos, uma forma de doença mental) seja intensa o suficiente, de modo a justificar um especial tratamento curativo, o magistrado ainda pode substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), conforme o art. 98 do Código Penal.

Menores de dezoito anos⁸

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos⁹ são penalmente inimputáveis,¹⁰ ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.^{11-11-A}

8. Menoridade: trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento. Apesar de se observar uma tendência mundial na redução da maioridade penal, pois não mais é crível que menores com 16 ou 17 anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito do que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão integral dos fatos da vida, o Brasil ainda mantém a fronteira fixada nos 18 anos. Pela primeira vez, inseriu-se na Constituição Federal matéria nitidamente pertinente à legislação ordinária, como se vê no art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. No mesmo prisma encontra-se o disposto neste artigo do Código Penal. A única via para contornar essa situação, permitindo que a maioridade penal seja reduzida, seria

por meio de emenda constitucional, algo perfeitamente possível, tendo em vista que, por clara opção do constituinte, a responsabilidade penal foi inserida no capítulo *da família, da criança, do adolescente e do idoso*, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5.º, CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também *cláusulas pétreas*, inseridas na impossibilidade de emenda prevista no art. 60, § 4.º, IV, CF, pois se sabe que há “direitos e garantias de conteúdo material” e “direitos e garantias de conteúdo formal”. O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como *direito e garantia fundamental* é suficiente para transformá-la, formalmente, como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente. São os casos da proibição de identificação criminal para o civilmente identificado e da competência para o julgamento do autor de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocados no art. 5.º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como *fundamentais* – como diz Pontes de Miranda, os *supra-estatais*, aqueles que procedem do direito das gentes, o direito humano no mais alto grau (apud Guilherme de Souza Nucci, *Júri Princípios constitucionais*, p. 22). Por isso, a maioria penal, além de não ser direito fundamental em sentido material, em nosso entendimento, também não o é no sentido formal. Assim, não há qualquer impedimento para a emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição. Nesse sentido, pronuncia-se Marcelo Fortes Barbosa: “Se o menor com mais de 16 anos e menos de 18 torna-se cidadão pelo direito de voto; se a mulher casada se emancipa, civilmente, com o ca-

samento aos 16 anos; até uma Lei chegou a ser aprovada (posteriormente vetada pelo Presidente da República) autorizando que o maior de 16 anos pudesse dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que, porventura, praticar. É uma concepção unilateral da cidadania, pois o agente torna-se cidadão pelo voto facultativo aos 16 anos, mas não tem o dever de responder pelos crimes eleitorais que eventualmente praticar. À primeira vista, considerando-se a garantia da cidadania do art. 1.º da Constituição Federal, e o art. 14 da mesma, no tocante à aquisição dos direitos políticos, verifica-se inconstitucionalidade na posição daqueles que defendem a permanência do critério biológico, com a idade fixada em 18 anos, a despeito do art. 228 da Constituição Federal, que não pode contrapor-se às regras de cidadania” (*Latrocínio*, p. 97). Não se poderia pretender, se tal modificação adviesse, combater, com eficiência, a criminalidade, como muitos pensam. De fato, não é a redução da maioria penal que poderá solucionar o problema do incremento da prática delitiva no País, embora, sob o prisma técnico-penal, fosse recomendável que isso se realizasse para adaptar a lei penal à realidade. O menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como uma pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento. A redução seria uma imposição natural, podendo-se, como ocorre em outros pontos do globo, estabelecer uma nítida separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 anos e para os menores que forem considerados penalmente imputáveis. E mais: cremos que o melhor seria adotar um critério misto, e não puramente cronológico. Do mesmo modo que se verifica a sanidade de alguém por intermédio de

perícia, poder-se-ia fazer o mesmo quanto aos maiores de 14 ou 16 anos. Se fossem considerados aptos a compreender o ilícito, deveriam ser declarados imputáveis, ainda que tenham tratamento especial em jurisdição específica, se preciso. De outra parte, já que se dá relevo à condição do maior de 18 e menor de 21 anos, por não ter atingido ainda plenamente a sua maturidade, concedendo-lhe uma atenuante, considerada preponderante, poderiam também estes estar submetidos a tratamento especial, em presídios separados dos maiores de 21 anos. Note-se o conteúdo do anteprojeto de Código Penal formulado por Nelson Hungria, após a edição do Código de 1940: “O menor de 18 anos é penalmente irresponsável, salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade”. E ainda o disposto no art. 50 do Código Penal Militar: “O menor de 18 (dezoito) anos é inimputável, salvo se, já tendo completado 16 (dezesesseis) anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de 1/3 (um terço) até a 1/2 (metade)”. Na prática, atualmente, busca-se resolver a questão sob o prisma de pura política criminal. Tendo em vista que os presídios se encontram superlotados, para os maiores de 18 anos, a redução da idade penal implicaria, em particular ao Poder Executivo, maiores gastos com a ampliação do número de vagas. Portanto, a contar com o descaso havido há anos em relação aos estabelecimentos penais no Brasil, tal solução está distante de se realizar. Pensamos, pois, que *dos males o menor*: mantém-se a idade penal aos 18 anos, evitando-se aumentar o caos do sistema carcerário, mas se modifica o disposto no

Estatuto da Criança e do Adolescente, permitindo punições mais severas a determinados adolescentes infratores, tratados, hoje, com extremada leniência, apesar dos gravíssimos atos infracionais que praticam.

9. Início da maioridade penal aos 18 anos: a partir do primeiro instante do dia do aniversário. É a posição predominante: TJSP: “É a lei civil que determina a idade das pessoas. Impossível caber interpretação diversa na legislação penal e processual, uma vez não ter cabimento que alguém tenha 18 anos pela lei civil e ainda não os tenha pela lei penal, ou militar, ou eleitoral. Logo, considera-se penalmente responsável o agente que pratica a infração no preciso dia em que comemora seu 18.º aniversário” (HC 286.966/4-SP, 13.ª C., rel. San Juan França, 13.02.1996). Em outro prisma, há os que defendem que a maioridade somente tem início ao término do dia do aniversário de 18 anos (cf. José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 264).

10. Presunção legal absoluta: trata-se de *presunção*, que não depende nem se sujeita a prova em sentido contrário.

11. Legislação especial para o menor de 18 anos: é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

11-A. Inimputabilidade e crime permanente: levando-se em consideração que o delito permanente é aquele cuja consumação se prorroga no tempo, é possível que alguém, inimputável (com 17 anos, por exemplo), dê início a um crime permanente, como o seqüestro. Se atingir a idade de 18 anos enquanto o delito se encontrar em plena consumação, será por ele responsabilizado. Entretanto, é preciso destacar que a parte do crime referente à sua menoridade (inimputabilidade) não poderá ser levada

em conta para qualquer finalidade, inclusive para a fixação da pena. Ex.: o menor, com 17 anos, age com crueldade contra a vítima; depois, ao completar 18 anos, tal conduta não mais ocorre. Esse cenário permite concluir que o juiz não pode levar em conta a crueldade para agravar a pena, tendo em vista que ocorreu durante o período em que o agente era penalmente irresponsável. No mesmo sentido: Giovanni Grisolia, *Il reato permanente*, p. 65.

Emoção e paixão

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção^{12-12-A} ou a paixão;¹³

Embriaguez¹⁴⁻¹⁵

II – a embriaguez,¹⁶ voluntária ou culposa,^{17-17-A} pelo álcool ou substância de efeitos análogos.^{18-18-A}

§ 1.º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior,^{19-19-A} era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2.º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior,²⁰ não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

12. Conceito de emoção: é “um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precipite do coração, alterações térmicas, aumento

da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor, lágrimas etc.)” (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 1, p. 367). Freud diz que “as emoções são as vias para o alívio da tensão e a apreciação do prazer. Elas também podem servir ao ego ajudando-o a evitar a tomada de consciência de certas lembranças e situações”. É preciso considerar que “não somos basicamente animais racionais, mas somos dirigidos por forças emocionais poderosas cuja gênese é inconsciente”. Segundo Perls, “emoções são a expressão de nossa excitação básica, as vias e os modos de expressar nossas escolhas, assim como de satisfazer nossas necessidades”. Elas provocam os denominados “furos de nossa personalidade” (cf. Fradiman e Frager, *Teorias da personalidade*, p. 25). A emoção pode apresentar tanto um estado construtivo, fazendo com que o comportamento se torne mais eficiente, como um lado destrutivo; pode ainda fortalecer como enfraquecer o ser humano (D. O. Hebb, citação de Antonio Gomes Penna, *Introdução à motivação e emoção*, p. 83). E as emoções vivenciadas pelo ser humano podem ser causas de alteração do ânimo, das relações de afetividade e até mesmo das condições psíquicas, proporcionando, por vezes, reações violentas, determinadoras de infrações penais. São exemplos de emoções a alegria, a tristeza, a aversão, a ansiedade, o prazer erótico, entre outras. Não servem para anular a imputabilidade, sem produzir qualquer efeito na culpabilidade. O agente que, emocionado, comete um delito responde normalmente pelo seu ato. No máximo, quando essa emoção for violenta e provocada por conduta injusta da vítima, pode receber algum benefício (privilegio ou atenuante). Lembremos que a emoção é controlável; logo, quando al-

guém, violentamente emocionado, agride outra pessoa, podemos invocar a teoria da *actio libera in causa*. Confirma-se a lição de Narcélio de Queiroz: “Se o delito resultou de um estado emocional que podia ter sido evitado e só foi possível pela falta de disciplina do agente, da ausência de *self-control* – não pode haver dúvida de que o ato por ele praticado possa ser, de certa maneira, considerado como voluntário na sua causa. E a punição dos crimes assim praticados, num estado de perturbação emocional, deve encontrar a sua justificação não na chamada responsabilidade objetiva, ou legal, mas na teoria da *actio libera in causa*” (*Teoria da actio libera in causa*, p. 77).

12-A. Espécies de emoções: embora a lei não estabeleça distinção, existem dois tipos de emoções: a) *astênicas*: são as emoções resultantes daquele que sofre de debilidade orgânica, gerando situações de medo, desespero, pavor; b) *estênicas*: são as emoções decorrentes da pessoa que é vigorosa, forte e ativa, provocando situações de cólera, irritação, destempero, ira. Há situações fronteiriças, ou seja, de um estado surge outro.

13. Conceito de paixão: originária da emoção, a paixão é uma excitação sentimental levada ao extremo, de maior duração, causando maiores alterações nervosas ou psíquicas (cf. Antonio Gomes Penna, *Introdução à motivação e emoção*, p. 113). Como dizia Kant, lembrado por Hungria, é o “charco que cava o próprio leito, infiltrando-se, paulatinamente, no solo”. Ainda que possa interferir no raciocínio e na vontade do agente, é passível de controle, razão pela qual não elide a culpabilidade. São exemplos: ódio, amor, vingança, ambição, inveja, ciúme, entre outros.

14. Conceito de embriaguez: é uma intoxicação aguda provocada no organismo

pelo álcool ou por substância de efeitos análogos. Na lição de Di Tullio, a respeito de embriaguez: “A consciência está fortemente obnubilada, produzem-se estados crepusculares com fenômenos de desorientação, perturbações humorais profundas, desordens psico-sensoriais sob a forma de fenômenos ilusórios e alucinatórios, alterações da forma e especialmente do conteúdo ideativo até ao delírio” (*apud* Enrico Altavilla, *Psicologia judiciária*, v. 1, p. 283).

15. Distinção entre embriaguez e alcoolismo: este último é uma embriaguez crônica, que é caracterizada por um “abaixamento da personalidade psico-ética”, tornando o enfermo lento nas suas percepções ou levando-o a percepções ruins, a ponto de ter “freqüentes ilusões”, fixando mal as recordações e cansando-se ao evocá-las, ao mesmo tempo em que “a associação das idéias segue por caminhos ilógicos” (Altavilla, *Psicologia judiciária*, v. 1, p. 284).

16. Diagnóstico da embriaguez: pode-se constatar esse estado de três maneiras diferentes: a) *exame clínico*: que é o contato direto com a pessoa, analisando-se o hálito, o equilíbrio físico, o controle neurológico, as percepções sensoriais, o modo de falar, a cadência da voz, entre outros; b) *exame de laboratório*: que é a dosagem etílica (quantidade de álcool no sangue); c) *prova testemunhal*: que pode atestar as modificações de comportamento do agente. Naturalmente, o critério mais adequado e seguro é a união dos três, embora somente um deles possa, no caso concreto, demonstrar a embriaguez.

17. Embriaguez voluntária ou culposa: voluntária é a embriaguez desejada livremente pelo agente e culposa aquela que ocorre por conta da imprudência do bebedor. Preceitua o Código Penal que, nesses casos, não se pode excluir a imputabilidade

do agente, vale dizer, não se pode afastar a sua culpabilidade. É preciso destacar que o sujeito embriagado completamente, no exato momento da ação ou da omissão, está com sua consciência fortemente obnubilada, retirando-lhe a possibilidade de ter agido com dolo ou culpa. Portanto, ainda que se diga o contrário, buscando sustentar teorias opostas à realidade, trata-se de uma nítida *presunção* de dolo e culpa estabelecida pelo legislador, isto é, a adoção da responsabilidade penal objetiva, já que não havia outra forma de contornar o problema. Correta a análise de Paulo José da Costa Júnior: “Não se pode estender o princípio [falando da *actio libera in causa*] à embriaguez voluntária, em que o agente ingere a bebida alcoólica somente para ficar bêbado, ou à embriaguez culposa, em que se embriaga por imprudência ou negligência. Em nenhuma dessas hipóteses, porém, pretendia o agente praticar ulteriormente o crime. O legislador penal, ao considerar imputável aquele que em realidade não o era, fez uso de uma ficção jurídica. Ou melhor, adotou nesse ponto a responsabilidade objetiva, que se antagoniza com o *nullum crimen sine culpa*, apresentado como idéia central do novo estatuto. É forçoso convir: no capítulo da embriaguez, excetuada aquela preordenada, o Código fez reviver a velha fórmula medieval do *versari in re illicita*. (...) Entendemos que, com base em medidas de política criminal, pudesse ser adotada a solução perfilhada pelo Código. Seria, entretanto, mister que o legislador afirmasse corajosamente, em alto e bom som, que foi compelido a aceitar a responsabilidade objetiva, nesse ponto, para evitar as escusas absolutórias que passariam os criminosos a buscar, com o uso abusivo do álcool e substâncias similares” (*Comentários ao Código Penal*, p. 126). Destacando a responsabilidade penal objetiva que ainda impregna o contexto da embriaguez voluntária, conferir a lição de

René Ariel Dotti: “Desprezando as lições mais adequadas cientificamente, o Código não empresta nenhum relevo à embriaguez voluntária ou culposa, tratando-as como se fossem iguais à preordenada. Se é verdade que em relação a esta o Código prevê uma agraviação (art. 56, II, c) [o autor cuida do CP anterior a 1984]), também é certo que considera todas num mesmo plano para negar a isenção de pena. O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1.º e 2.º estabeleciam: ‘A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1.º Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo. § 2.º Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato’. Também o Código Penal de 1969 revelou-se indiferente ao problema da embriaguez voluntária e culposa, não lhes dando qualquer tratamento diversificado e ignorando-as como causas de isenção ou substituição de pena” (*O incesto*, p. 181-182). Na jurisprudência: TJSP: “A alegação de que a embriaguez voluntária pelo álcool desnatura o *animus necandi* choca-se com o dispositivo expresso de lei, que é o art. 28, inciso II, do Código Penal, que estabelece como critério a não exclusão da imputabilidade penal pela via da embriaguez. Adote-se o critério da vontade residual de Manzini, da escola clássica, ou técnico-jurídica, italiana, ou a medida de política criminal preconizada por Roxin, na Alemanha, de qualquer maneira, a embriaguez não se constitui em causa excludente de culpabilidade no nosso sistema penal” (Ap. 303.383-3/7-SP, 1.ª C., rel. Fortes Barbosa, 31.07.2000, v. u.).

Idem: TJSP: Ap. 348.501.3/6-00, Mirante do Paranapanema, 2.^a C. Extraordinária, rel. Salles Abreu, 10.11.2004, v. u.; Ap. 0115528.3/0, Amparo, 10.^a C., 5.^o G., rel. Otávio Henrique, 27.02.2008, v. u.; Ap. 0115528.3/0, Amparo, 10.^a C., 5.^o G., rel. Otávio Henrique, 27.02.2008, v. u.

17-A. Embriaguez voluntária e legítima defesa putativa: é inviável acolher a tese de putatividade, por quem se embriaga voluntariamente e, nesse estado, imagina estar sendo agredido por outra pessoa, reagindo e ferindo um inocente. Pronuncia-se, a respeito, Narcélio de Queiroz: “Um indivíduo, por estar em estado de embriaguez, julga-se na iminência de uma agressão por parte de outro, e o mata, no pressuposto de que legitimamente se defendia. Evidentemente, a convicção da iminência da agressão só foi possível devido ao estado de perturbação mental do agente, produzida pelo álcool. Essa deficiência da capacidade de crítica das circunstâncias do fato, capaz de gerar aquela falsa convicção, resultou, pois, de uma ação voluntária, praticada num estado de plena imputabilidade penal. O defeito da inteligência, causa imediata do ato delituoso, estava em direta relação de causalidade com a ação voluntária, causa mediata do evento. Só no caso de se tratar de uma embriaguez accidental poderia o agente, sem culpa na criação daquele defeito de inteligência, invocar a seu favor uma legítima defesa putativa...” (*Teoria da actio libera in causa*, p. 72). A conclusão está de acordo com o princípio segundo o qual a embriaguez voluntária ou culposa, mas não preordenada, espelha uma responsabilidade penal objetiva e jamais a teoria da *actio libera in causa*. Portanto, se, embriagado voluntariamente, o agente, não conseguiu perceber a situação como, de fato, ocorria, agredindo um inocente, deve responder pelo delito, sem poder alegar legítima defesa putativa (ou qualquer outra excludente putativa).

18. A teoria da *actio libera in causa*: com base no princípio de que a “causa da causa também é causa do que foi causado”, leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosa ou culposamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa. Assim, quando o indivíduo, resolvendo encorajar-se para cometer um delito qualquer, ingere substância entorpecente para colocar-se, propositadamente, em situação de inimputabilidade, deve responder pelo que fez *dolosamente* – afinal, o elemento subjetivo estava presente no ato de ingerir a bebida ou a droga. Por outro lado, quando o agente, sabendo que irá dirigir um veículo, por exemplo, bebe antes de fazê-lo, precipita a sua imprudência para o momento em que atropelar e matar um passante. Responderá por homicídio culposos, pois o elemento subjetivo do crime projeta-se do momento de ingestão da bebida para o instante do delito. Desenvolve a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 a seguinte concepção: “Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da *actio libera in causa ad libertatem relata*, que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenado, mas se estende a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência” (nessa parte não alterada pela atual Exposição de Motivos). Tal assertiva não é compatível com a realidade, pois nem todos os casos em que o agente “deixou-se arrastar” ao estado de inconsciência podem configurar uma hipótese de “dolo ou culpa” a ser arremessada para o momento da conduta delituosa. Há pessoas que bebem por beber, sem a menor previsibilidade de que cometeriam crimes no estado de embriaguez completa, de forma que não é cabível a aplicação da teoria da *actio*

libera in causa nesses casos. Conferindo: “Suponha-se, porém, que o mesmo motorista, com a sua jornada de trabalho já encerrada, depois de recolher normalmente o veículo à garagem, saia a se divertir com amigos. Horas após, inteiramente bêbado, recebe aviso inédito para fazer um serviço extra. Em estado sóbrio, jamais poderia supor fosse chamado para aquela tarefa. Era praxe rigorosa da empresa onde trabalhava não utilizar os empregados fora do expediente normal. Mas ele dirige-se à garagem e ali, ao pôr o carro em movimento, atropela o vigia. (...) Evidentemente, (...) não se situa nos domínios da *actio libera in causa*” (Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 23). De outra parte, se suprimirmos a responsabilidade penal dos agentes que, embriagados totalmente, matam, roubam ou estupram alguém, estaremos alargando, indevidamente, a impunidade, privilegiando o injusto diante do justo. No prisma de que a teoria da *actio libera in causa* (“ação livre na sua origem”) somente é cabível nos delitos preordenados (em se tratando de dolo) ou com flagrante imprudência no momento de beber estão os magistérios de Frederico Marques, Magalhães Noronha, Jair Leonardo Lopes, Paulo José da Costa Júnior, Jürgen Baumann, Munhoz Neto, entre outros, com os quais concordamos plenamente. No restante dos casos, aplica-se, para punir o embriagado que comete o injusto penal, a responsabilidade penal objetiva, como já exposto na nota 17. Convém mencionar, ainda, a posição de Narcélio de Queiroz, que busca sustentar a existência de dolo direto ou eventual no tocante ao *ato de beber*: “São os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa in-

tenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando a podia ou devia prever” (*Teoria da actio libera in causa*, p. 40). Porém, há contrariedade. Cite-se Walter Vieira do Nascimento: “Como se nota, a *actio libera in causa* (...) sofreu a mais ampla flexibilidade, massem qualquer fundamento plausível. O que se fez foi forçar soluções que extrapolavam os limites desta teoria. Nem se diga que a definição de Narcélio de Queiroz autorizava tamanha e extravagante liberalidade. Como seria possível, em determinados estados de embriaguez fora da preordenada e da não-acidental, estabelecer a relação de causalidade que liga a ação volitiva à atividade não-livre?” (*A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 22). Conferir, ainda, a posição de Nelson da Silva: “Não se admite a aplicação da teoria da *actio libera in causa*, nos crimes cometidos em estado de embriaguez voluntária ou culposa. (...) Aplicar a teoria da *actio libera in causa*, nos delitos cometidos em estado de embriaguez voluntária ou culposa, é negar a realidade de que o ébrio, quando ingeriu a substância tóxica, não tinha a intenção de cometer crime” (*A embriaguez e o crime*, p. 35-36). Historicamente, o direito canônico foi o primeiro ordenamento a fixar que era inimputável o agente embriagado, considerando, no entanto, que a embriaguez era altamente censurável. Posteriormente, os práticos italianos fixaram as raízes da teoria da *actio libera in causa*, ao preceituarem que o agente que cometeu o crime em estado de embriaguez deveria ser punido pelo fato antecedente ao crime, pois durante o delito não tinha consciência do que fazia. Exceção era feita quando a embriaguez era deliberada para a prática do crime. Na Idade Média, passou-se a punir tanto o crime cometido quanto a embriaguez. No Código Criminal do Império de 1830 (art. 18, § 9.º) e no Código Penal de 1890 (art. 42, § 10), tratava-se de

uma atenuante. Nessa ocasião, ainda não se tinha uma clara noção a respeito da *actio libera in causa*, não se absolvendo o réu que estava, ao tempo do crime, totalmente embriagado. A partir de 1890, em face do disposto no art. 27, § 4.º, do Código Penal da República (“Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime” não são considerados criminosos), começou-se a equiparar a embriaguez completa à privação dos sentidos, provocando, então, decisões absolutórias. Assim, ainda que válida a teoria no campo dos crimes preordenados, implicando até no reconhecimento de uma agravante (art. 61, II, I, CP), não se pode ampliá-la para abranger outras situações de embriaguez. O problema é, igualmente, sentido em outras legislações. No direito penal alemão, pretendendo contornar o aspecto de quem bebe, voluntariamente, mas sem a intenção de cometer crimes, nem assumindo o risco de fazê-lo, criou-se figura típica específica: “quem se coloque em um estado de embriaguez premeditada ou negligentemente por meio de bebidas alcoólicas ou de outras substâncias estimulantes, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa quando cometa neste estado um fato ilícito e por esta causa não possa ser punido, porque como consequência da embriaguez seja inimputável” (art. 323a, CP alemão). A pena não poderá ser superior àquela que seria imposta pelo fato cometido no estado de embriaguez (art. 323a, II, CP alemão). Em suma, a *actio libera in causa* tem aplicação para a embriaguez preordenada (o agente bebe, já com o intuito de praticar infração penal, ou bebe, devendo imaginar que, na sua situação, pode cometer infração penal). Noutros casos, envolvendo a embriaguez voluntária ou culposa, quando o agente bebe por beber, sem a menor noção de que pode vir a cometer algum ilícito, aplica-se, quando for preciso, a responsabilidade penal

objetiva. É medida de exceção, sem dúvida, mas necessária.

18-A. *Actio libera in causa* e consentimento do ofendido: situação que não se pode ignorar ou desprezar é a possibilidade de existir consentimento do ofendido, excludente de ilicitude, nas condutas daqueles que se embriagam para ter coragem de aceitar algum tipo de violência ou lesão. Tal episódio não é incomum no contexto dos crimes sexuais violentos, onde se pode constatar a prática de sado-masiquismo em certos relacionamentos. Portanto, se alguém se embriaga voluntariamente e, nesse estado, consente em ser violentado, não pode alegar, posteriormente, ter sido vítima de atentado violento ao pudor, ainda que se invoque o disposto no art. 224, c, do Código Penal (ver a nota 12 a esse artigo). Do mesmo modo que o embriagado voluntário não se exime do crime cometido, é viável admitir-se o consentimento dado por quem, embriagado, sabe que irá envolver-se em situação de risco.

19. Caso fortuito ou força maior: é fortuita a embriaguez decorrente do acaso ou meramente accidental, quando o agente não tinha a menor idéia de que estava ingerindo substância entorpecente (porque foi ludibriado por terceiro, por exemplo) ou quando mistura o álcool com remédios que provocam reações indesejadas, potencializando o efeito da droga, sem estar devidamente alertado para isso. Exemplo típico dado por Antolisei é o do operário de destilaria que se embriaga inalando os vapores do álcool, presentes na área de trabalho. Embriaguez decorrente de força maior é a que se origina de eventos não controláveis pelo agente, tal como a pessoa que, submetida a um trote acadêmico violento, é amarrada e obrigada a ingerir, à força, substância entorpecente. Ambas, no fundo, são hipóteses fortuitas ou acidentais.

Essa causa dá margem a uma excludente de culpabilidade se, por conta dessa ingestão forçada ou fortuita, o agente acaba praticando um injusto. É preciso, no entanto, que esteja totalmente incapacitado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento por conta da embriaguez completa.

19-A. Embriaguez fortuita e aplicação de medida de segurança: há incompatibilidade. A ocorrência de embriaguez acidental, levando o agente à prática de um fato criminoso, afasta a sua culpabilidade, razão pela qual será ele absolvido, sem a aplicação de qualquer tipo de sanção. É inadequado juridicamente impor-lhe medida de segurança, pois esta somente se torna viável a quem for considerado inimputável (doente mental ou viciado em álcool ou outra droga qualquer). Nesse prisma: TJPR: “O reconhecimento da incidência do art. 28, II, § 1.º (exclusão da imputabilidade), em razão da embriaguez fortuita, afasta a aplicação do art. 97 do Código Penal, o qual está vinculado expressamente ao art. 26 do mesmo estatuto. Assim, somente quando a embriaguez admitida se enquadre nas hipóteses do art. 26 do Código Penal (doença mental – psicose causada por alcoolismo) é que se poderia aplicar a medida de segurança, não no caso retratado, que é meramente ocasional” (Ap. 108.205-9, São Mateus do Sul, 2.ª C., rel. Carlos Hoffmann, 18.10.2001, v. u.).

20. Embriaguez incompleta fortuita: nesse dispositivo não consta a exigência de a embriaguez ser *completa*, podendo-se, portanto, admitir a embriaguez incompleta, que, no entanto, há de ser fortuita ou resultante de força maior, bem como suficiente para gerar, ao tempo da conduta, entendimento dificultado do caráter ilícito do fato ou determinação do comportamento de acordo com esse entendimento. Como, nessa situação,

o agente é imputável, portanto, culpável, há possibilidade de ser condenado, embora com redução da pena, tendo em vista que a reprovação social é menor.

Excludentes de culpabilidade

Legais (expressamente previstas no CP)

1) Inimputabilidade:

1.1) Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, *caput*)

1.2) Embriaguez decorrente de vício: considerada doença mental (art. 26, *caput*)

1.3) Menoridade (art. 27)

2) Erro de proibição escusável (art. 21)

3) Descriminantes putativas, quando escusáveis (art. 20, § 1.º)

NOTA: há entendimento de que o legislador deu a essa situação o tratamento de erro de tipo (ver nota 88)

4) Coação moral irresistível (art. 22)

5) Obediência hierárquica (art. 22)

6) Embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1.º)

Supralegais (implícitas no ordenamento jurídico)

1) Inexigibilidade de conduta diversa (nota 104 ao art. 22)

2) Estado de necessidade exculpante (nota 116, b.2 ao art. 24)

3) Excesso exculpante (nota 115, c ao art. 23)

4) Excesso acidental (nota 115, d ao art. 23)

Do concurso de pessoas¹⁻²

1. Conceito de concurso de pessoas: trata-se da cooperação desenvolvida por várias pessoas para o cometimento de uma infração penal. Chama-se, ainda, em sentido lato: co-autoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes, cumplicidade.

2. Teorias do concurso de pessoas: há, primordialmente, *três teorias* que cuidam do assunto: a) *teoria unitária* (monista): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, mas provocando apenas um resultado, há somente um delito. Nesse caso, portanto, todos os que tomam parte na infração penal cometem idêntico crime. É a teoria adotada, como regra, pelo Código Penal (Exposição de Motivos, item 25). Ver, ainda: STJ: “O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a *teoria unitária ou monista*, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas (art. 29, CP). Entretanto, exceções pluralistas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. É, por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aquela cometa o falso no processo penal incide nas penas do art. 343. Precedente da Corte” (REsp 169.212-PE, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 24.06.1999, v. u., DJ23.08.1999, p. 157); b) *teoria pluralista* (cumplicidade do delito distinto, autonomia da cumplicidade): havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, ainda que provocando somente um resultado, cada agente responde por

um delito. Trata-se do chamado “delito de concurso” (vários delitos ligados por uma relação de causalidade). Como exceção, o Código Penal adota essa teoria ao disciplinar o aborto (art. 124 – “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque” – e art. 126 – “Provocar aborto com o consentimento da gestante”), fazendo com que a gestante que permita a prática do aborto em si mesma responda como incurso no art. 124 do Código Penal, enquanto o agente provocador do aborto, em vez de ser co-autor dessa infração, responda como incurso no art. 126 do mesmo Código. A teoria se aplica, igualmente, no contexto da corrupção ativa e passiva (arts. 333 e 317, CP) e da bigamia (art. 235, *caput* e § 1.º, CP); c) *teoria dualista*: havendo pluralidade de agentes, com diversidade de condutas, causando um só resultado, deve-se separar os co-autores, que praticam um delito, e os partícipes, que cometem outro.

Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime³⁻⁴ incide nas penas a este cominadas,⁵ na medida de sua culpabilidade.⁶⁻⁷

§ 1.º Se a participação for de menor importância,⁸ a pena pode ser diminuída de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

§ 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave,⁹ ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a 1/2 (metade), na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.¹⁰⁻¹²

3. Co-autoria e participação: o Código Penal de 1940 equiparou os vários agentes do crime, não fazendo distinção entre o co-autor e o partícipe, podendo o

juiz aplicar uma pena padronizada para todos (é a denominada teoria subjetiva, ou seja, conceito extensivo de autor). Uma das provas disso é a redação dada ao tipo do art. 349 (favorecimento real), em que somente se fala em “co-autoria”, embora seja natural incluir-se, também, a figura do “partícipe”. Coube à doutrina fazer a separação entre co-autoria e participação, além do que a Reforma Penal de 1984 terminou por reconhecer que essa distinção é correta, acolhendo-a (Exposição de Motivos: “Sem completo retorno à experiência passada, curva-se, contudo, o Projeto aos críticos dessa teoria, ao optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a *autoria da participação*. Distinção, aliás, reclamada com eloquência pela doutrina, em face de decisões reconhecidamente injustas”). Prevaleceu, pois, o conceito restrito de autor, embora, dentro dessa teoria, que é objetiva, existam *dois posicionamentos*: a) *teoria formal*: autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impunes, não fosse a regra de extensão que os torna responsáveis. Atualmente, é a concepção majoritariamente adotada (Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Dotti, Beatriz Vargas Ramos, Fragoso, citados por Nilo Batista, *Concurso de agentes*, p. 61). Exemplo: aquele que aponta o revólver, exercendo a grave ameaça, e o outro que subtrai os bens da vítima são co-autores de roubo, enquanto o motorista do carro que aguarda para dar fuga aos agentes é o partícipe (os dois primeiros praticaram o tipo do art. 157; o último apenas auxiliou); b) *teoria normativa* (teoria do domínio do fato): autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle da ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor”, “autor intelectual” e “autor mediato”. O partícipe

é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, nem tampouco comandar a ação. Assim, exemplificando, por essa teoria, o chefe de um grupo de justiceiros, que ordenou uma execução, bem como o agente que diretamente matou a vítima são co-autores. Há, também, como já mencionamos, a teoria *subjetiva ou subjetivo-causal*, fruto do Código Penal de 1940, que não faz diferença entre co-autor e partícipe, pois todos os que contribuem para gerar o resultado típico são igualmente co-autores *ou* partícipes. Ainda encontra aplicação na jurisprudência pátria, embora, como já se disse, não seja a tese predominante. Exemplo: TJSP: “Atentado violento ao pudor – Crimes praticados por três agentes contra a mesma vítima – Réus que colaboraram reciprocamente para a conduta dos demais, dando-lhes cobertura e imobilizando a vítima – Recurso provido. Basta à configuração da co-autoria a colaboração do agente para o evento, auxiliando a atuação dos executores diretos. De modo algum se exige, para tanto, hajam todos os partícipes consumado atos típicos de execução” (Ap. Crim. 161.588-3-SP, rel. Lustosa Goulart, 09.06.1994). Em nossa visão, melhor é a teoria objetivo-formal, ou seja, co-autor é aquele que pratica, de algum modo, a figura típica, enquanto ao partícipe fica reservada a posição de auxílio material ou suporte moral (onde se inclui o induzimento, a instigação ou o comando) para a concretização do crime. Consegue-se, com isso, uma clara visão entre dois agentes distintos na realização do tipo penal – o que ingressa no modelo legal de conduta proibida e o que apóia, de fora, a sua materialização –, proporcionando uma melhor análise da culpabilidade. É certo que o juiz pode aplicar penas iguais ao co-autor e ao partícipe, bem como pode infligir pena mais severa ao partícipe, desde que seja recomendável. Exemplo disso é o partícipe que atua como mentor do delito,

organizando a atividade dos executores: merece maior sanção penal, “na medida da sua culpabilidade”, como estipula o art. 29 do Código Penal. A teoria do domínio do fato somente tem sentido para as legislações que adotam nítida distinção entre autor e partícipe, obrigando o juiz a fixar sanção menor para quem for considerado partícipe. Foi o que ocorreu em Portugal, com a edição do Código Penal de 1982, estabelecendo que ao cúmplice deve ser aplicada a mesma pena estabelecida para o autor, *especialmente atenuada* (Jorge de Figueiredo Dias, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, p. 361). Ver, ainda, a nota 6, tratando da aplicação da pena aos concorrentes, na medida da culpabilidade de cada um.

4. Punição do partícipe: para que seja o partícipe punido, impera, no Brasil, a teoria da acessoriedade limitada, ou seja, é preciso apurar que o autor praticou um fato típico e antijurídico, pelo menos. Se faltar tipicidade ou ilicitude, não há cabimento em punir o partícipe. Outras teorias existem: acessoriedade extrema, que exige, para a punição do partícipe, tenha o autor praticado um fato típico, antijurídico e culpável, bem como a acessoriedade mínima, exigindo que o autor tenha praticado apenas um fato típico. A primeira posição nos parece a mais justa. O cometimento de um fato típico e antijurídico configura a prática do injusto penal, vale dizer, da conduta penalmente proibida. Por isso, o partícipe somente ingressa no contexto do ilícito, caso sejam preenchidos esses dois requisitos. Não se inclui a culpabilidade, pois esta traz questionamentos de ordem pessoal, muito próprios à análise da situação de cada um dos autores e partícipes, vista individualmente. Logo, independentemente de culpabilidade, o partícipe pode ser punido. Exemplo: “A”, com dezessete anos, desferiu tiros em “B”,

matando-o. “C” emprestou o revólver a “A”. Deve “C” responder como partícipe em homicídio? Sem dúvida, pois “A” praticou um fato típico e antijurídico, previsto no art. 121 do Código Penal, embora não seja culpável, logo, não tenha praticado um crime. Porém, “C” tomou parte no injusto cometido e, sendo culpável, merecendo reprovação, praticou um delito. Não se pode, também, exigir somente o fato típico, pois seria insuficiente. Exemplo: “A” mata “B” para defender sua própria vida. Age, portanto, em legítima defesa, situação lícita. “C” havia emprestado o revólver para “A”. Não há sentido em responder como partícipe, pois a conduta de “A”, sob o prisma do ordenamento jurídico, é correta, lícita. Inexiste injusto penal, portanto, inexiste participação criminosa.

5. Concurso de agentes e crime plurissubjetivo: o crime plurissubjetivo é aquele que, para configurar-se, exige a presença de duas ou mais pessoas (ex.: quadrilha ou bando, rixa, bigamia etc.), enquanto o unissubjetivo é aquele que pode ser praticado por uma só pessoa (ex.: homicídio, roubo, estupro etc.). O crime plurissubjetivo, justamente porque exige mais de uma pessoa para sua configuração, não demanda a aplicação da norma de extensão do art. 29 (quem concorre para o crime incide nas suas penas), pois a presença de dois ou mais autores é garantida pelo tipo penal. Assim, exemplificando, as quatro pessoas que compõem uma quadrilha são autores do delito previsto no art. 288 do Código Penal. Por outro lado, quando o crime é unissubjetivo, mas, na prática, é cometido por dois ou mais agentes, utiliza-se a regra do art. 29 para tipificar todas as condutas, pois certamente cada um agiu de um modo, compondo a figura típica total. Em um roubo, como já se mencionou, é possível que um autor aponte o revólver, exercendo

a grave ameaça, enquanto outro proceda à subtração. Ambos praticaram o tipo penal do art. 157 em concurso de pessoas, necessitando-se empregar a regra do art. 29. Não se confunde o crime plurissubjetivo (concurso necessário) com o delito de *participação necessária*. Neste caso, há crimes que são cometidos por um só autor, embora o tipo penal exija a participação necessária de outra pessoa, que é o sujeito passivo e não é punido. Como exemplos, podemos mencionar a corrupção de menores, o crime de usura, o favorecimento à prostituição, o rufianismo, entre outros.

6. Na medida da sua culpabilidade: trata-se de expressão introduzida pela Reforma Penal de 1984, com a nítida meta de diferenciar o co-autor do partícipe, propiciando ao juiz que aplique a pena conforme o juízo de reprovação social que cada um merece. É bem possível que um co-autor mereça uma pena mais severa do que um partícipe, pois agiu de modo direto contra a vítima, embora se possa ter o contrário, como já referido acima, aplicando-se ao partícipe pena superior, justamente por conta da sua maior *culpabilidade*. Nesse sentido: STF: “A norma inscrita no art. 29 do Código Penal não constitui obstáculo jurídico à imposição de sanções penais de desigual intensidade aos sujeitos ativos da prática delituosa. A possibilidade desse tratamento diferenciado encontra suporte no princípio constitucional da individualização das penas e, ainda, na cláusula final do próprio art. 29, *caput*, do Código Penal” (HC 70.662-RN, 1.^a T., rel. Celso de Mello, 21.06.1994, v. u., RTJ 176/1.129). E também: “Há possibilidade jurídica de aplicar penas diferenciadas a co-autores pela regra do art. 29, *caput, fine*” (HC 70.022-RJ, 1.^a T., rel. Celso de Mello, 20.04.1993, v. u.). Tem-se verificado, na prática, no entanto, um relativo desprezo por essa modificação

legislativa, terminando o juiz por equiparar, quase sempre, a conduta do co-autor à do partícipe, alegando que, sem este, aquele poderia não ter realizado o delito. Portanto, ambos merecem receber idêntica pena. A generalização contém um erro lamentável, pois o partícipe, ainda que mereça punição, jamais, em algumas situações, mereceria ser igualado ao autor direto. Exemplo: um assaltante que, invadindo uma residência, atormentando a vítima, por meio de atos violentos e muitas ameaças, quebrando utensílios e agindo com selvageria ímpar precisa ser mais gravemente apenado do que o partícipe que ficou fora da casa, dentro do carro, aguardando para dar fuga. Com a devida vênia, o equívoco está em nivelar as penas pelo mínimo legal. Se ao partícipe for atribuída a pena de 5 anos e 4 meses (mínimo para o roubo com emprego de arma e concurso de duas pessoas), é de se esperar que ao agente mais perigoso seja atribuída pena mais severa, e não a mesma sanção. A equiparação é injustiça, pois não se está levando em conta a “medida da culpabilidade”, determinada pelo legislador, conforme os atos que cada um tomou durante a prática da infração penal.

7. Requisitos do concurso de agentes: são cinco: *a)* existência de dois ou mais agentes; *b)* relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas e o resultado; *c)* vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si. Conferir: TJSP: “... o concurso de agentes abrange toda e qualquer participação ou omissão, principal ou secundária, mediata ou não, por atos, gestos e, até, por simples presença. Entretanto, quanto a esta última hipótese, para que o concurso seja reconhecido, é necessário que haja um vínculo psicológico a unir as atividades em concurso, não bastando a simples presença do partícipe no local dos fatos” (HC 464.121-3/8, 4.^a

C., rel. Passos de Freitas, 14.09.2004, v. u., *Bol. AASP* 2423). Não há necessidade de *ajuste prévio* entre os co-autores. Ex.: uma empregada, decidindo vingar-se da patroa, deixa propositadamente a porta aberta, para que entre o ladrão. Havendo o furto, são colaboradores a empregada e o agente direto da subtração, porque suas vontades se ligam, pretendendo o mesmo resultado, embora nem mesmo se conheçam. Nessa hipótese, pode ocorrer a denominada co-autoria sucessiva. Se o ladrão estiver retirando as coisas da casa, cuja porta foi deixada aberta pela empregada, pode contar com a colaboração de outro indivíduo que, passando pelo local, resolva aderir ao fato e também retirando as coisas da casa (cf. Nilo Batista, *Concurso de agentes*, p. 116); *d*) reconhecimento da prática da mesma infração para todos; *e*) existência de fato punível.

8. Participação de menor importância: reiterando a adoção da distinção entre co-autor e partícipe, pela Reforma Penal de 1984, que introduziu os §§ 1.º e 2.º no art. 29, destaca-se, agora, o preceituado neste parágrafo. É possível, como já afirmado, que o partícipe mereça, “na medida da sua culpabilidade”, idêntica pena que o co-autor ou até sanção mais rigorosa, embora seja, também, possível admitir e reconhecer que há participações de somenos importância. Essas receberam um tratamento especial do legislador, pois foi criada uma *causa de diminuição da pena*. Assim, o partícipe que pouco tomou parte na prática criminosa, colaborando minimamente, deve receber a pena diminuída de um sexto a um terço, o que significa a possibilidade de romper o mínimo legal da pena prevista em abstrato. Ex.: imagine-se o partícipe que, embora tenha instigado outrem à prática do crime, arrependa-se e aja para impedir o resultado, embora não obtenha sucesso. Merece ser

beneficiado pela diminuição da pena. Outra ilustração, trazida por Marcelo Fortes Barbosa: “Entendemos que, em face da acessoriedade limitada, esta situação [cuidando da participação de menor importância no contexto do latrocínio] é possível, porque o motorista, por exemplo, que se limitou a levar os latrocidias ao local do crime, sequer esperando-os para lhes dar fuga, com evidência teve participação de menor importância” (*Latrocínio*, p. 54). Trata-se, no entanto, de outra modificação legislativa muito pouco utilizada na prática, sob o pretexto, utilizado por vários operadores do Direito, de que toda *participação* é importante para a configuração do crime. Mais uma vez, está-se generalizando a aplicação da lei, o que fere o disposto neste parágrafo. Destaque-se, por fim, que essa causa de diminuição refere-se à “participação” (ação praticada), e não à pessoa do agente, que pode ser perigoso ou reincidente, merecendo, ainda assim, a diminuição, caso tenha auxiliado em baixo grau o cometimento do delito.

9. Participação em crime menos grave (cooperação dolosamente distinta): trata-se de um benefício criado ao acusado, pois, como dizia Florian, é possível haver “desvios subjetivos” entre os co-autores ou partícipes. A lei utiliza o termo “concorrente”, o que permite supor ser possível aplicar o disposto neste parágrafo tanto a co-autores, como aos partícipes. O agente que desejava praticar um determinado delito, sem condição de prever a concretização de crime mais grave, deve responder pelo que pretendeu fazer, não se podendo a ele imputar outra conduta, não desejada, sob pena de se estar tratando de responsabilidade objetiva, que a Reforma Penal de 1984 pretendeu combater. Quando um sujeito coloca-se no quintal de uma casa, vigiando o local, para que outros invadam o lugar, sub-

traindo bens, quer auxiliar o cometimento de crime de furto. Se, dentro do domicílio, inadvertidamente, surge o dono da casa, que é morto pelos invasores, não deve o vigilante, que ficou fora da casa, responder igualmente por latrocínio. Trata-se de uma cooperação dolosamente distinta: um quis cometer o delito de furto, crendo que o dono da casa estava viajando, e, portanto, jamais haveria emprego de violência; os outros, que ingressaram no domicílio e mataram o proprietário, evoluíram na idéia criminosa sozinhos, passando do furto para o latrocínio. A cada um deve ser aplicada a pena justa. Aplicando pena diferente para o invasor da residência, que matou, e para o vigilante, que ficou no quintal: STF: 2.^a T., 1988, RT 633/380. TJRS: “Não desconheço que, majoritariamente, a jurisprudência se inclina para o mesmo rumo adotado na sentença, ou seja, no sentido de que, quem se associa a comparsa, para a prática de assalto, sabendo que este está armado, assume o risco inerente ao resultado como co-autor, incidindo, portanto, nas penas do delito de latrocínio, caso ocorra o evento morte. Entretanto, diante do disposto no § 2.^o do art. 29 do Código Penal e das circunstâncias do fato *sub judice*, não vejo como apenar a todos os réus na mesma medida, pois F e D., mesmo estando previamente acertados com C., pretendiam praticar tão somente um crime de roubo. Não possuíam arma. Não foram os autores dos disparos que causaram a morte da vítima e também não detinham domínio do fato a ponto de poderem evitar que o comparsa utilizasse efetivamente a arma de fogo como utilizou. O caso em concreto, a meu ver, demanda a aplicação da regra da cooperação dolosamente distinta. Não se me afigura justo que todos recebam a mesma reprimenda, quando o resultado morte foi totalmente aleatório e independente da vontade de dois dos agentes. (...) Assim, entendo que F e D.

devem receber a reprovação correspondente ao delito que pretendiam praticar – roubo duplamente majorado (concurso de agentes e emprego de arma), com o aumento da pena de metade, haja vista a possibilidade de previsibilidade do resultado mais grave” (Ap. 70004706230, Pelotas, Câmara Especial Criminal, rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, 08.11.2002, m. v.). Em contrário: STJ: “No roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco pelo evento, respondem” (PT 3.134/SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 19.05.2005, v. u., DJ 20.06.2005, p. 292).

10. Previsibilidade do resultado mais grave: justamente porque, em certos casos, é possível imaginar que algo mais sério ocorra, o legislador inseriu a regra de que, se este resultado mais grave acontecer, a pena será aumentada da metade. Se, no exemplo dado na nota anterior, o partícipe que ficou fora da casa tivesse a possibilidade de prever que algo mais grave poderia acontecer, justamente porque todos os que invadiram o lugar estavam armados, ainda assim receberá a pena do furto, que pretendia praticar, aumentada da metade. Tal dispositivo também vem sendo muito pouco aplicado na jurisprudência pátria. Vários tribunais se valem da tese do dolo eventual, ou seja, a previsibilidade do resultado mais grave seria tão evidente que configuraria a sua aceitação. Por isso, em lugar de aplicar a pena do crime menos grave, termina-se por impingir a sanção do delito mais sério. Entretanto, não se poderia generalizar, o que, na realidade, vem ocorrendo em várias cortes brasileiras.

11. Outras questões pertinentes ao concurso de pessoas: 1.^a) *autoria mediata*: trata-se de uma modalidade de autoria, ocorrendo quando o agente se vale de pessoa não culpável, ou que atua sem dolo ou culpa, para executar o delito. São situações que admitem a autoria mediata: *a*) valer-se de inimputável (doente mental, criança ou embriagado). Exemplo interessante de autoria mediata é de Aníbal Bruno, fazendo referência ao agente que, em situação de imputabilidade, delibera cometer um crime, fazendo de si mesmo um instrumento para tal fim, praticando-o no estado de embriaguez, segundo o comando anterior (*Das penas*, p. 110); *b*) coação moral irresistível; *c*) obediência hierárquica; *d*) erro de tipo escusável, provocado por terceiro; *e*) erro de proibição escusável, provocado por terceiro. Exemplo: o agente utiliza um doente mental, ludibriando-o, para matar um desafeto; 2.^a) *concurso entre maior e menor*: nem todas as vezes que um menor de 18 anos toma parte no cometimento do injusto penal é ele instrumento do maior (configurando a autoria mediata). Podem ser co-autores, vale dizer, ambos desejam e trabalham para atingir o mesmo resultado, de modo que não é o menor mero joguete do maior. Chama-se a essa modalidade de colaboração – tendo em vista que um é penalmente responsável e o outro não –, de “concurso impropriamente dito”, “pseudo concurso” ou “concurso aparente”; 3.^a) *co-autoria e participação em crime culposo*: admite-se, no contexto do delito culposos, a co-autoria, mas não a participação. Sendo o tipo do crime culposos aberto, composto sempre de “imprudência, negligência ou imperícia”, segundo o disposto no art. 18, II, do Código Penal, não é aceitável dizer que uma pessoa auxiliou, instigou ou induziu outrem a ser imprudente, sem ter sido igualmente imprudente. Portanto, quem instiga outra pessoa a tomar uma

atitude imprudente está inserido no mesmo tipo penal. Exemplo: “A” instiga “B” a desenvolver velocidade incompatível com seu veículo, próximo a uma escola. Caso haja um atropelamento, respondem “A” e “B” como co-autores de um crime culposos (homicídio ou lesão corporal). No mesmo prisma: Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 79. Na ótica de Nilo Batista, “a participação é conduta essencialmente *dolosa*, e deve dirigir-se à interferência num delito também *doloso*. (...) Não é pensável uma participação culposas: tal via nos conduziria inevitavelmente a hipóteses de autoria colateral” (*Concurso de agentes*, p. 158). Embora concordemos totalmente que a participação somente se dá em crime doloso, somos levados a afirmar que, havendo contribuição de alguém à conduta culposas de outrem, configura-se a co-autoria e não uma mera autoria colateral. Esta, em nosso entendimento, demanda a contribuição para o resultado sem noção de que se está atuando em auxílio de outra pessoa. A autoria colateral, no cenário da culpa, para nós, caracteriza a denominada *culpa concorrente* (vide a nota 71 ao art. 18), pois reservamos a expressão “autoria colateral” para o dolo; 4.^a) *autoria colateral*: ocorre tal modalidade de colaboração, que não chega a se constituir em concurso de pessoas, quando dois agentes, desconhecendo a conduta um do outro, agem convergindo para o mesmo resultado, que, no entanto, ocorre por conta de um só dos comportamentos ou por conta dos dois comportamentos, embora sem que haja a adesão de um ao outro. Exemplo: “A” e “B”, matadores profissionais, colocam-se em um desfiladeiro, cada qual de um lado, sem que se vejam, esperando a vítima “C” passar para eliminá-la. Quando “C” aproxima-se, os dois disparam, matando-o. Responderão por ho-

homicídio em autoria colateral. Não podem ser considerados co-autores, já que um não tinha a menor idéia da ação do outro (falta vínculo psicológico entre eles). Se porventura um deles atinge “C” e o outro erra, sendo possível detectar que o tiro fatal proveio da arma de “A”, este responde por homicídio consumado, enquanto “B”, somente por tentativa. Caso não se saiba de qual arma teve origem o tiro fatal, ambos respondem por tentativa (aplica-se o princípio geral do *in dubio pro reo*). Se “A” acertar “C”, matando-o instantaneamente, para depois “B” alvejá-lo igualmente, haverá homicídio consumado para “A” e crime impossível para “B”. Finalmente, caso um deles atinja “C”, matando-o instantaneamente e o outro, em seguida, acertar o cadáver, não se sabendo quem deu o tiro fatal, ambos serão absolvidos por crime impossível (aplica-se novamente o princípio do *in dubio pro reo*); 5.^a) *autoria incerta*: é a hipótese ocorrida no contexto da autoria colateral, quando não se sabe qual dos autores conseguiu chegar ao resultado; 6.^a) *participação por omissão*: pode ocorrer, desde que a pessoa que se omitiu tivesse o dever de evitar o resultado. Portanto, o bombeiro que, tendo o dever jurídico de agir para combater o fogo, omite-se deliberadamente, pode responder como partícipe do crime de incêndio; 7.^a) *conivência*: trata-se da participação por omissão, quando o agente não tem o dever de evitar o resultado, nem tampouco aderiu à vontade criminosa do autor. Não é punível pela lei brasileira. É o chamado *concurso absolutamente negativo*; 8.^a) *participação posterior à consumação*: trata-se de hipótese impossível. Uma vez que o crime se consuma, já não se pode falar em participação. De fato, somente pode o sujeito tomar parte daquilo que está em andamento, e não findo. O indivíduo que esconde, em sua casa, um criminoso fugitivo, logo após a consumação

do crime, responde pelo delito de favorecimento pessoal (art. 348, CP). Entretanto, se ele prometeu, *antes da consumação* do crime, esconder o autor, torna-se partícipe, pois incentivou a sua prática. Há quem admita a ocorrência da denominada *co-autoria sucessiva* para um crime já consumado mas ainda não exaurido. Na realidade, invocando a doutrina de Rogério Greco, que se fundamenta em Nilo Batista, haveria dois tipos de co-autoria sucessiva: a) aquela que ocorreria durante a execução do crime, mas antes da sua consumação (exemplo dado por Greco: “Suponhamos que ‘A’ perceba que seu irmão ‘B’ está agredindo ‘C’. Querendo auxiliá-lo, ‘A’ se une a ‘B’ para que, juntos, espanquem ‘C’. Como o crime de lesões corporais já estava em andamento, o ingresso de ‘A’ no fato é tido como caso de co-autoria sucessiva”, *Curso de direito penal – parte geral*, p. 436); b) aquela que se daria quando, consumada a infração, ingressaria o co-autor antes do esgotamento (exemplo de Nilo Batista: “Pode ocorrer a co-autoria sucessiva não só até a simples consumação do delito, e sim até o seu esgotamento, que Maurach chama de ‘ponto final’. Dessa forma, o agente que aderisse à empresa delituosa de extorsão (art. 158, CP) por ocasião da obtenção da indevida vantagem econômica (que está situada após a consumação, configurando mero esgotamento) seria co-autor sucessivo”, *Concurso de agentes*, p. 117). Não nos parecem válidas ambas as situações. A primeira delas (ingresso de co-autor quando os atos executórios já tiveram início, mas ainda não houve consumação) não passa de singela co-autoria. De sucessiva não nos parece tenha nada, até porque não há utilidade prática nessa distinção. *Sucessivo* é o que vem depois, em seguida a algo. Ora, se o crime encontra-se em pleno desenvolvimento executório, ainda que alguém ingresse depois do seu início, torna-se co-autor.

Sucessividade implica na idéia de, finda a execução, atingida a consumação, alguém ingressar *em seguida* à prática da infração penal. Note-se o que acontece na chamada *legítima defesa sucessiva*, que é a reação contra o excesso na defesa. Aquele que, pretendendo defender-se de um ladrão, já o tendo dominado, parte para a agressão, autoriza o autor do furto, agora sim *sucessivamente* a se defender do abuso, do excesso. Encerrou-se a *legítima defesa* e começou uma agressão injustificada. Por isso se fala em *legítima defesa sucessiva* (que vem em seguida à primeira). Em consequência, enquanto o crime está em desenvolvimento, cada um que nele ingressar torna-se co-autor ou partícipe e o juiz fixará a pena merecida *na medida da sua culpabilidade*, como determina o art. 29, *caput*. A segunda hipótese (exemplo de Nilo Batista) pode ser caracterizada como co-autoria sucessiva, uma vez que o crime estaria consumado quando o co-autor dele tomou parte. Mas, a despeito disso, não nos parece válida essa modalidade de co-autoria. O exemplo dado da extorsão é de consumação complexa, havendo três estágios (vide a nota 41 ao art. 158): o agente constrange a vítima na primeira etapa; a vítima cede e faz o que ele quer na segunda; o agente consegue a indevida vantagem econômica na terceira. Assim, caso apenas exista a primeira, o crime está em execução (o ingresso de qualquer pessoa faz com que seja inserida na categoria de co-autora ou partícipe, conforme o caso); se a segunda fase se findar, fazendo a vítima o que o agente determinou, consuma-se a infração (não há mais possibilidade, a partir daí, de ingresso de co-autor ou partícipe, mas apenas de pessoas que possam favorecer a atividade criminosa, que é outra figura típica); a terceira é somente o exaurimento (qualquer atuação de terceiro indica igualmente favorecimento). Raciocinemos com um exem-

plo: “A” determina a “B” que retire seu carro da concessionária, onde se encontra para uma revisão, levando-o a determinado local, sob pena de seu filho ser morto. “B”, cedendo à grave ameaça, vai ao estabelecimento comercial, retira o carro e leva ao local indicado; “A” se apossa, então, do veículo. Um terceiro somente ingressa como co-autor até o momento em que “B” retira o carro da concessionária e leva ao local. Se esse terceiro é enviado por “A” para pegar o carro no lugar onde está estacionado, conduzindo-o a outro local, não se trata de *co-autoria sucessiva*, mas simplesmente de favorecimento. O crime se consumou quando o ofendido cedeu ao mando do autor. Depois disso, em fase de exaurimento, não há o menor sentido em se inserir a co-autoria, que é a colaboração de várias pessoas para o cometimento do crime. É mais do que certo que o delito está *cometido* quando ocorre a consumação e não por ocasião do exaurimento. *Concorrer* para o crime, como está estipulado no art. 29, *caput*, é colaborar, auxiliar, dar suporte à sua realização, leia-se, consumação. O que vem depois é o esgotamento da infração, não mais pertinente ao concurso de pessoas, havendo figuras típicas específicas para quem dá apoio ao criminoso (arts. 348 e 349, CP). Continuamos a sustentar não haver participação ou co-autoria após a consumação; 9.^a) *participação e cumplicidade*: há quem estabeleça diferença entre ambos, em *três visões* distintas: *a*) cúmplice é a pessoa que presta auxílio à atividade criminosa de outrem, sem ter consciência disso. Ex.: dar carona para o bandido não sabendo que este está fugindo; *b*) cúmplice é a pessoa que presta auxílio material ao agente (partícipe material), como se encontra a lição de Nilo Batista (*Concurso de agentes*, p. 186); *c*) “é o sujeito que dolosamente *favorece* a prática de uma infração dolosa, mesmo sem o conhecimento do

autor, vale dizer, dispensando um prévio ou concomitante acordo de vontades” (Dotti, *O incesto*, p. 156). Parece-nos, no entanto, melhor equiparar o conceito de cúmplice a co-autor ou partícipe, indiferentemente. Assim, quem colabora para a prática do delito é cúmplice, na modalidade de co-autoria ou de participação; 10.^a) *participação em cadeia*: define Nilo Batista ser a situação de alguém que instiga outrem a instigar ou auxiliar o delito, ou auxilia a instigar ou auxiliar. “Considera-se que a instigação à instigação é *instigação mediata*, e os demais casos configuram *cumplicidade mediata*” (*Concurso de agentes*, p. 177). Logicamente, todas as hipóteses são igualmente puníveis pelo direito brasileiro; 11.^a) *co-autoria em crimes omissivos*: em nosso entendimento, é perfeitamente admissível. Duas pessoas podem, por exemplo, caminhando pela rua, deparar-se com outra, ferida, em busca de ajuda. Associadas, uma conhecendo a conduta da outra e até havendo incentivo recíproco, resolvem ir embora. São co-autoras de omissão de socorro (art. 135, CP). Em contrário, há posição doutrinária defendendo a inviabilidade da co-autoria, mas sustentando autoria colateral. Confira-se em Nilo Batista: “A exemplo da linha argumentativa perfilhada no exame dos crimes culposos, o dever de atuar a quem está adstrito o autor do delito omissivo é infracionável. Por outro lado, como diz Bacigalupo, a falta de ação priva de sentido o pressuposto fundamental da co-autoria, que é a divisão do trabalho (...). Quando dois médicos omitem – ainda que de comum acordo – denunciar moléstia de notificação compulsória de que tiveram ciência (art. 269, CP), temos dois autores diretos individualmente consideráveis. A inexistência do acordo (que, de resto, não possui qualquer relevância típica) deslocaria para uma autoria colateral, sem alteração substancial na hipótese. No famoso

exemplo de Kaufmann, dos cinquenta nadadores que assistem passivamente ao afogamento do menino, temos cinquenta autores diretos da omissão de socorro. A solução não se altera se se transferem os casos para a omissão imprópria: pai e mãe que deixam o pequeno filho morrer à míngua de alimentação são autores diretos do homicídio; a omissão de um não ‘completa’ a omissão do outro; o dever de assistência não é violado em 50% por cada qual” (*Concurso de agentes*, p. 86-87). O dever de atuar, insito aos tipos penais omissivos, pode envolver mais de uma pessoa, o que é indiferente. Portanto, não se trata de analisar se esse dever é fracionável ou não. O importante é verificar se os agentes, associados, vinculados psicologicamente ao mesmo resultado, a este prestaram sua contribuição, ingressando no tipo penal e perfazendo o necessário à configuração da co-autoria; 12.^a) *executor de reserva*: é o colaborador destacado para certificar-se do sucesso na concretização do crime, porém sem que consiga realizar ato executório efetivamente importante para a consumação. Discute-se se ele seria co-autor ou partícipe. Pensamos que esta última opção é a mais adequada, uma vez que sua colaboração termina no campo moral (incentivo, instigação, apoio) sem que tenha conseguido, pelas circunstâncias, ingressar no tipo penal. Em contrário, consulte-se Nilo Batista: “Suponha-se que *A*, munido de revólver, e *B*, munido de faca, previamente resolvidos, ataquem *C*, ao deparar com ele numa estrada; ainda a uns trinta metros, *A* dispara um tiro letal, que atinge *C* na cabeça, de tal modo que, quando *B* lhe desfecha facadas, está na verdade esfaqueando um defunto. Os partidários de um critério formal-objetivo teriam que deslocar a conduta de *B* para a área de participação, porque não realizou ele qual-

quer ato típico do art. 121 CP, e recorreriam a fórmulas como ‘força moral cooperativa’, ‘acoroçar e encorajar pela certeza de sua solidariedade’ etc. Aquele que comparece ao local da realização na qualidade de ‘executor de reserva’ é co-autor: sua desistência interferiria no *Se*, tanto quanto sua assistência determina o *Como* do fato” (*Concurso de agentes*, p. 109).

12. Participação em ação alheia: em face da teoria monista adotada pelo direito brasileiro, aquele que toma parte na prática de um delito, deve responder por este crime, tanto quanto os demais colaboradores. Assim, havendo vários co-autores e partícipes, devem eles agir com o mesmo elemento subjetivo. Não há possibilidade de se encontrar um partícipe atuando com dolo, enquanto os co-autores agem com culpa, ou mesmo um partícipe auxiliando, culposamente, os co-autores, que atuam com dolo. Seria o mesmo que admitir a possibilidade de existência de um crime, ao mesmo tempo, doloso e culposo. Em suma, não há participação culposa em crime doloso, nem participação dolosa em crime culposo. Mas, é preciso destacar que há viabilidade na possibilidade de tomar parte em ação alheia, movido por elemento subjetivo distinto. Assim, é possível haver participação culposa em *ação* dolosa, bem como participação dolosa em *ação* culposa. Nesse caso, no entanto, existem dois delitos. Quem colaborou culposamente na ação dolosa alheia, responde por crime culposo, enquanto o autor será punido por crime doloso. É o que acontece no caso do funcionário público que, culposamente, concorre para a realização dolosa de crime alheio contra a administração (art. 312, § 2.º, CP). O funcionário responde por peculato culposo, enquanto o outro deverá ser punido pelo crime doloso cometido.

Circunstâncias incommunicáveis¹³

Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias¹⁴ e as condições¹⁵ de caráter pessoal,¹⁶ salvo quando elementares do crime.¹⁷⁻¹⁹

13. Circunstâncias incommunicáveis: são aquelas que não se transmitem aos co-autores ou partícipes, pois devem ser consideradas individualmente no contexto do concurso de agentes.

14. Conceito de circunstância de caráter pessoal: é a situação ou particularidade que envolve o agente, sem constituir elemento inerente à sua pessoa. Ex.: a confissão espontânea proferida por um co-autor não faz parte da sua pessoa, nem tampouco se transmite, como atenuante que é, aos demais concorrentes do delito. Outro exemplo é o da futilidade do motivo: “O motivo fútil, qualificando o homicídio, é circunstância de caráter pessoal, subjetiva, que não se comunica, *ex vi* art. 30 do Código Penal. A questão vinculada, acerca do motivo fútil, acarreta nulidade absoluta” (STJ, REsp 192.966-MG, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 13.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 122). Na mesma linha, o motivo torpe não se comunica: “No homicídio do tipo mercenário, a qualificadora relativa ao cometimento do delito mediante paga ou promessa de recompensa é uma circunstância de caráter pessoal, não passível, portanto, de comunicação aos co-autores ou partícipes, por força do art. 30 do Código Penal” (STJ, RHC 14.900-SC, 5.ª T., rel. Jorge Scartezini, 17.06.2004, v. u., DJ 09.08.2004, p. 277).

15. Conceito de condição de caráter pessoal: é o modo de ser ou a qualidade inerente à pessoa humana. Ex.: menoridade ou reincidência. O co-autor menor de 21 anos não transmite essa condição, que funciona como atenuante, aos demais, do

mesmo modo que o participe, reincidente, não transfere essa condição, que é agravante, aos outros.

16. Circunstâncias e condições de caráter objetivo: diz o texto legal que as situações ou qualidades que envolvem o agente precisam ser *personais*, nada mencionando quanto às objetivas, também passíveis de existir. Resta, pois, a dúvida: comunicam-se aos co-autores e partícipes? Entende a doutrina predominante, com a qual concordamos, que, afastada a aplicação da responsabilidade objetiva, deve o co-autor atuar, ao menos com previsibilidade, quanto à circunstância material que não causou diretamente. Ex.: “A” manda “B” matar “C”, entregando-lhe, inclusive, um revólver para a tarefa. “B”, no entanto, resolve cumprir o mandato criminoso empregando “tortura” e, lentamente, dá fim à vida da vítima. Não responderá A por homicídio qualificado pela tortura, caso não tenha noção de que “B” poderia assim agir. Por todos, a lição de Basileu Garcia: “O texto penal não esclareceu se a comunicabilidade dessas circunstâncias se dá em todos os casos. Cumpre resolver a questão invocando-se, mais uma vez, as normas da causalidade material e psíquica. É preciso saber se a circunstância pode ser havida como materialmente causada pelo participante e se é abrangida pelo seu dolo, mesmo eventual, isto é, se, pelo menos, o participante assumiu o risco da produção daquela circunstância, cooperando para ela...” (*Instituições de direito penal*, t. I, p. 424). Conferir: TJDF: “Tenho que a qualificadora, ao menos por ora, não pode ser expungida, levando em conta que respeitável corrente jurisprudencial ensina que ao mentor intelectual do crime se comunicam todas as qualificadoras em que incorrem os executores materiais, salvo, evidentemente, aquelas de caráter exclusivamente pessoal”

(RSE 2005.07.1.005255-8, 1.^a T., rel. Edson Alfredo Smaniotto, 03.08.2006, v. u.).

17. Elementar do crime: trata-se de um elemento integrante do tipo penal incriminador. Ex.: “matar” e “alguém” são elementares do delito de homicídio.

18. Efeito da ressalva quanto às elementares do crime: há determinadas circunstâncias ou condições de caráter pessoal que são integrantes do tipo penal incriminador, de modo que, pela expressa disposição legal, nessa hipótese, transmitem-se aos demais co-autores e partícipes. Ex.: se duas pessoas – uma, funcionária pública, outra, estranha à Administração – praticam a conduta de subtrair bens de uma repartição pública, cometem peculato-furto (art. 312, § 1.^o, CP). A condição pessoal – ser funcionário público – é elementar do delito de peculato, motivo pelo qual se transmite ao co-autor, desde que verificada a ciência deste em relação àquela condição pessoal.

18-A. A polêmica do concurso de pessoas no infanticídio: intenso é o debate doutrinário acerca da co-autoria e da participação no contexto desse crime, que não deixa de significar uma forma *privilegiada* do homicídio. A mãe, por estar em estado puerperal, mata o próprio filho recém-nascido, após o parto, recebendo, pois, pena bastante atenuada em relação à que está prevista no art. 121. Por isso, muitos autores, capitaneados por Hungria, chegaram a sustentar a incomunicabilidade dessa circunstância de caráter pessoal, afinal, o puerpério é perturbação físico-mental exclusiva da mãe. Não seria *justo*, dizem, que o co-autor ou partícipe fosse favorecido, uma vez que se estaria cuidando de circunstância *personalíssima*. Adotam essa visão: Bento de Faria (*Código Penal brasileiro comentado*, v. IV, p. 39); Vicente Sabino (*Direito penal*, v. I, p. 274); Aníbal Bruno (*Direito penal*, t. 4, p. 151-152).

Entretanto, cumpre ressaltar que o próprio Nelson Hungria alterou seu entendimento, na 5.^a edição de sua obra: “Nas anteriores edições deste volume, sustentamos o mesmo ponto de vista, mas sem atentarmos no seguinte: a incomunicabilidade das *qualidades e circunstâncias pessoais*, seguindo o Código helvético (art. 26), é irrestrita (...), ao passo que perante o Código pátrio (também art. 26) [atual art. 30 do CP] é feita uma ressalva: ‘Salvo quando elementares do crime’. Insere-se nesta ressalva o caso de que se trata. Assim, em face do nosso Código, mesmo os terceiros que concorrem para o infanticídio respondem pelas penas a este cominadas, e não pelas do homicídio” (*Comentários ao Código Penal*, 5. ed., v. 5, p. 266). O mesmo fez Heleno Fragoso (citação de Fernando de Almeida Pedroso, *Direito penal*, p. 559). Restam, atualmente, poucos autores que sustentam a possibilidade de punir por homicídio aquele que tomou parte no infanticídio praticado pela mãe, ou mesmo quando executou o núcleo do tipo, a pedido da mãe, que não teve forças para fazê-lo sozinha. São diversos os argumentos nessa ótica, mas, em suma, todos voltados a corrigir uma injustiça promovida pela própria lei penal, que deveria ter criado uma exceção pluralística à teoria monística. Não o fez. Assim, há quem pretenda a aplicação do art. 29, § 2.º, dizendo que, se o executor matar o recém-nascido, porém com o beneplácito da mãe, esta teria querido participar de crime menos grave, isto é, aquele teria desejado cometer homicídio e a genitora, infanticídio. Olvida-se, nessa tese, que a vontade de matar é exatamente a mesma e que o infanticídio é apenas uma forma privilegiada de homicídio, como, aliás, já alertava Frederico Marques. Logo, tanto o estranho quanto a mãe querem “matar alguém”. O delito somente se torna *unitariamente* (pela teoria adotada pelo Código Penal, que não pode ser rompida por desejo de

correção de injustiça) considerado em face da *circunstância* de estar a mãe envolvida pelo estado puerperal, após o nascimento de seu filho. É nitidamente incabível o § 2.º do art. 29, tendo em vista ser este a figura da cooperação dolosamente distinta. Aliás, não nos parece nem um pouco correta a idéia de que o dolo deve envolver o elemento “estado puerperal”, pois trata-se de situação de perturbação psíquica, logo, subjetiva, tanto quanto é o dolo (elemento subjetivo do crime). Outras soluções tentam apontar para a utilização, para a mãe, do disposto no art. 26, parágrafo único, enquanto, para o executor, estranho à criança, seria reservado o homicídio. Ora, trata-se, ainda que com eufemismo, de quebra da unidade do delito. Não houve homicídio, com participação de pessoa perturbada (no caso, a mãe). A circunstância especial de perturbação da saúde mental está prevista em um tipo penal especial, que deve ser aplicado, goste-se ou não da solução, entenda-se ou não ser ela injusta. Logo, se ocorreu um infanticídio, por expressa aplicação da comunicabilidade prevista no art. 30, outra não é a solução senão ambos punidos por infanticídio. A doutrina firmou entendimento nesse sentido, conferindo-se a partir de Paulo José da Costa Júnior: “Diante dos termos precisos do art. 30 do CP, entretanto, é inadmissível outro entendimento. A regra, aí inserida, é a de que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam. E a exceção, constante da parte final do dispositivo, determina que haverão elas de comunicar-se, desde que elementares do crime. Ora, *in casu*, o estado puerperal, embora configure uma condição personalíssima, é elementar do crime. Faz parte integrante do tipo, como seu elemento essencial. Logo, comunica-se ao co-autor. Aquele que emprestar sua cooperação à prática do infanticídio é infanticida, e não homicida” (*Direito penal – curso completo*, p. 263-264). E ainda a

lição de Noronha: “não há dúvida alguma de que o *estado puerperal* é *circunstância* (isto é, estado, condição, particularidade etc.) *pessoal* e que, sendo *elementar* do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos co-participes. *Só mediante texto expresso tal regra poderia ser derogada*” (*Direito penal*, v. 2, p. 52, grifo nosso). Acrescente-se: Mirabete (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 73); Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. II, p. 176, com a ressalva que a participação do estranho deve ser acessória); Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 247); Damásio (*Código Penal anotado*, p. 389); Fernando de Almeida Pedroso (*Direito penal*, p. 557-559); Alberto Silva Franco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1.650); Basileu Garcia (*Instituições de direito penal*, v. I, t. I, p. 422); Esther de Figueiredo Ferraz (*A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, p. 41). Logo, tanto faz se o estranho auxilia a mãe a matar o recém-nascido, após o parto, em estado puerperal, ou se ele mesmo, a pedido da genitora, executa o delito: ambos respondem por infanticídio.

19. Conhecimento da circunstância elementar por parte do co-autor ou partícipe: é indispensável que o concorrente tenha noção da condição ou da circunstância de caráter pessoal do comparsa do delito, pois, do contrário, não se poderá beneficiar do disposto no art. 30. Assim, caso uma pessoa não saiba que está prestando auxílio a um *funcionário público* para apropriar-se de bens móveis pertencentes ao Estado (peculato para o funcionário – art. 312, CP), responderá por furto.

Casos de impunibilidade^{20-20-A}

Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio,²¹ salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

20. Alcance do termo “impunibilidade”: pretende a lei atribuir o termo *impunibilidade* ao fato, e não ao agente, pois, no caso apresentado, trata-se de causa de atipicidade. Impuníveis são o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio, logo, condutas atípicas. Vimos, anteriormente, que a tentativa somente se torna fato típico, portanto, passível de punição do seu autor, se há o ingresso na fase executória. Portanto, é natural que condutas anteriores, ainda que relevantes, sejam atípicas (meramente preparatórias), caso não se dê início à execução do delito. O disposto neste artigo, diante do art. 14, II, do Código Penal, é supérfluo. Ademais, se houver disposição expressa em contrário (leia-se: existência de um tipo incriminador autônomo), é evidente que o ajuste, a determinação, a instigação e o auxílio podem ser punidos. Exemplo disso é a “associação de mais de três pessoas para o fim de cometer crimes” (art. 288, CP), que constitui delito autônomo (quadrilha ou bando). Não fosse o estipulado no mencionado art. 288 e o ajuste entre os integrantes de um bando não seria punível, caso não tivesse começado a execução do delito arranjado.

20-A. Associação ao crime impossível: as situações descritas neste artigo – ajuste, determinação, instigação ou auxílio ao crime – consolidam a teoria objetiva temperada, adotada pelo Código Penal, em relação à punição da tentativa, utilizada no contexto do crime impossível. Explica Marcelo Semer: “Porque tanto o ajuste, determinação ou instigação quanto o crime impossível revelam uma intenção delituosa manifestada, sem que, no entanto, os atos executivos sejam iniciados – ou iniciados de forma idônea – a impunibilidade revela a opção do ordenamento pela objetividade. O objeto da ação delituosa não correu qualquer perigo. Na legislação anterior a adoção

parcial da teoria sintomática previa tanto no crime impossível quanto nas hipóteses de ajuste e determinação a aplicação da medida de segurança, demonstrada a periculosidade dos agentes” (*Crime impossível e a proteção aos bens jurídicos*, p. 74-75).

21. Conceitos: a) *ajuste*: é o acordo ou o pacto celebrado entre pessoas; b) *determinação*: é a decisão tomada para alguma finalidade; c) *instigação*: é a sugestão ou estímulo à realização de algo; d) *auxílio*: é a ajuda ou a assistência dada a alguém.

Das Penas^{1-2-F}

1. Conceito de pena: é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes. O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos (geral e especial), que se subdividem (positivo e negativo): a) *geral negativo*: significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*: demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do direito penal; c) *especial negativo*: significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário; d) *especial positivo*: que é a proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada. Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas em sentido amplo (castigo + intimidação e reafirmação do direito penal + ressocialização): o art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a *reprovação* e *prevenção* do crime. Além disso, não é demais citar o disposto no art. 121, § 5.º, deste Código, salientando que é possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio ente de maneira *tão grave* que a sanção penal se torne *desnecessária*, evidenciando o caráter punitivo que a pena possui. Não se deve deixar de considerar a visão clássica sobre a pena (seus fundamentos e finalidades). Por todos, confira-se a lição de João Bernardino Gonzaga: É a “justa retribuição pelo fato reprovável, em obediência aos imperativos

éticos que devem ser mantidos e reforçados na consciência coletiva; a prevenção geral, que visa, através da cominação e aplicação de sanções, atemorizar a generalidade dos membros do agregado, convencendo-os a se absterem da prática de crimes; a prevenção especial, com o objetivo de neutralizar as tendências malfazejas acaso existentes em certo condenado – afastando-o definitiva ou temporariamente da vida social, amedrontando-o, para que de futuro não mais viole a lei, ou (finalidade superior) corrigindo-o efetivamente” (*O direito penal indígena. A época do descobrimento do Brasil*, p. 121). Sob outro prisma, mais atual, asseverando o caráter reeducativo da pena, a Lei de Execução Penal preceitua que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando *prevenir* o crime e *orientar o retorno à convivência* em sociedade” (art. 10, *caput*, com grifo nosso). Ademais, o art. 22, da mesma Lei, dispõe que a “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e *prepará-los para o retorno à liberdade*” (grifo nosso). Merece destaque, também, o disposto no art. 5.º, 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. Impossível, então, desconsiderar o triplice aspecto da sanção penal.

2. Fundamentos da pena: há primordialmente *seis fundamentos* para a existência da pena: a) *denúncia*: fazendo com que a sociedade desaprove a prática do crime; b) *dissuasão*: desaconselhando as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; c) *incapacitação*: protegendo a sociedade do

criminoso, retirando-o de circulação; d) *reabilitação*: reeducando o ofensor da lei penal; e) *reparação*: trazendo alguma recompensa à vítima; f) *retribuição*: dando ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido (Lord Longford, *Punishment and the punished*, p. 182). Sobre o tema, ver Oswaldo Henrique Duek Marques, *Fundamentos da pena*, p. 51-110.

2-A. Abolicionismo penal e direito penal mínimo – visão crítica: fruto dos estudos e dos artigos de Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha), pode-se conceituar o abolicionismo penal como um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. O movimento trata da *descriminalização* (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas hoje criminalizadas) e da *despenalização* (eliminação – ou intensa atenuação – da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado na grande maioria dos países. O método atual de punição, eleito pelo Direito Penal, que privilegia o encarceramento de delinquentes, não estaria dando resultado e os índices de reincidência estariam extremamente elevados. Por isso, seria preciso buscar e testar novos experimentos no campo penal, pois é sabido que a pena privativa de liberdade não tem resolvido o problema da criminalidade. A sociedade, no fundo, segundo o pensamento abolicionista, não tem sucumbido diante do crime, como já se apregou que aconteceria, sabendo-se que há, no contexto da Justiça Criminal, uma imensa *cifra negra*, ou seja, existe uma diferença entre

os crimes *ocorridos* e os delitos *apurados* e entre os crimes *denunciados* e os delitos *processados*. A maioria dos crimes cometidos não seria nem mesmo levada ao Judiciário, porque não descoberta a autoria ou porque não conhecida da autoridade policial a sua prática, querendo isto dizer que a sociedade teria condições de absorver os delitos cometidos sem a sua desintegração. Portanto, a descriminalização e a despenalização de várias condutas, hoje consideradas criminosas, poderiam facilitar a redução de muitos delinquentes, mediante outras formas de recuperação. Para isso, o *abolicionismo* recomenda, em síntese, a adoção dos seguintes princípios: *a) abolicionismo acadêmico*, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações-problema; *b) atendimento prioritário à vítima* (melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construindo prisões); *c) guerra contra a pobreza*; *d) legalização das drogas*; *e) fortalecimento da esfera pública alternativa*, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da auto-estima e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais. Não há dúvida de que, por ora, o *abolicionismo penal* é somente uma utopia, embora traga à reflexão importantes conceitos, valores e afirmativas, demonstrando o fracasso do sistema penal atual em vários aspectos, situação que necessita ser repensada e alterada. Manifesta-se Luigi Ferrajoli sobre o tema: “O abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância

e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista” (*Direito e razão*, p. 275). A respeito da inconveniência dos princípios apregoados pelo abolicionismo penal, escreveu Philip Shishkin para o *Wall Street Journal* (O Estado de S. Paulo, 10.06.2003, p. B9) que, em 1998, Vidar Sandli foi preso com mais de dois quilos de haxixe e condenado a três anos de prisão. “Mas como o país tem um problema crônico de falta de espaço na rede penitenciária e ele não havia cometido um crime violento, Sandli foi avisado de que iria ter de esperar meses ou até anos para poder cumprir a sentença. (...) Aqui na Noruega isso é chamado de ‘fila para a prisão’. O sistema é um reflexo da antiga tradição humanitária e abordagem branda da Noruega em relação ao encarceramento. (...) Nils Christie, criminologista da Universidade de Oslo, chama a fila de ‘um sinal de civilidade de uma sociedade humana, porque indica que a maioria dos criminosos são pessoas comuns, capazes de esperar na fila como qualquer outra pessoa’. Mas hoje a Noruega convive com um aumento no índice de criminalidade e a fila está ficando fora de controle. Nos últimos quatro anos, o número de condenados esperando para cumprir sentenças quase triplicou para 2.762 – quase o mesmo que toda a população carcerária do país, de 2.900 presidiários.” (...) “Para acelerar a fila, o país planeja construir o primeiro presídio desde 1997 e recentemente transformou um acampamento militar em uma prisão de 40 lugares. Autoridades do setor carcerário esperam ganhar espaço para outros 450 presos até 2006. O Ministério da Justiça também espera que os legisladores possam liberar mais celas ao permitir que juízes sentenciem multas e serviços comunitários em vez de

aprisionamento para crimes menores como porte de maconha. Embora a maior parte dos criminosos na fila de espera na Noruega seja de condenados por crimes relativamente pequenos, não violentos, uma pequena minoria cometeu crimes mais sérios, como violência doméstica e atentado ao pudor. Os que cometem crimes mais graves, como assassinato ou estupro, são enviados diretamente para a prisão”. Convém, ainda, mencionar as soluções mais apropriadas de Hassemer e Muñoz na ótica do *Direito Penal mínimo*: a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos; b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da “criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em Direito Penal; c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade “clássica”; d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis politicamente (Introducción a la criminología y al derecho penal, p. 62). Entretanto, qualquer solução que se adote, na esfera legislativa, passa, necessariamente, pelas mãos do Poder Executivo, que precisa liberar verbas para a implementação de inúmeros programas de prevenção, punição e recuperação de criminosos. Não é possível que o Parlamento modifique sistematicamente leis, fornecendo a impressão de que isso basta à solução no combate à criminalidade, sem que o administrador libere as verbas necessárias ao seu implemento. Note-se, como exemplo, que até hoje várias cidades brasileiras – tome-se como exemplo a maior delas, São Paulo – não possuem a *Casa do Albergado*, lugar destinado ao cumprimento da pena em regime aberto, gerando certamente impunidade, quando se

encaminhar o condenado para o regime de prisão-albergue domiciliar, sem qualquer fiscalização eficaz. De que adiantam, então, quaisquer mudanças se não houver vontade política de cumprir e fazer cumprir a lei? Logo, antes de se alterar descompassadamente a legislação, melhor seria implementar o que já possuímos. Antes de se criarem, somente para parecer original, penas alternativas novas, seria fundamental fazer valer as que já estão previstas em lei, bem pouco aplicadas, de fato, mas não por culpa dos juízes brasileiros, e sim por falta de estrutura para sua implementação prática. O Poder Judiciário não detém recursos para concretizar o previsto na lei penal, aliás, nem mesmo é sua função, motivo pelo qual torna-se imprescindível que os estudiosos do Direito Penal, antes de singelamente criticar o magistrado ou mesmo a lei pela crise de impunidade existente, voltem-se para a concretude da legislação vigente; antes de cooptarem anteprojetos de mudança de leis penais, participem da cobrança de instrumentos ainda não existentes da alçada do Poder Executivo.

2-B. Garantismo penal: trata-se de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade (vide a nota 4-A ao art. 1.º), típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado. O modelo garantista de direito penal privilegia os seguintes axiomas: *a)* não há pena sem crime (*nulla poena sine crimine*); *b)* não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*); *c)* não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*); *d)* não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitatis sine injuria*); *e)* não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*); *f)* não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*); *g)* não há culpa sem o devido processo

legal (*nulla culpa sine iudicio*); *h)* não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); *i)* não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*); *j)* não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*) (Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 74-75).

2-C. Direito penal máximo: é um modelo de direito penal caracterizado pela excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de suas condenações e penas, voltado à garantia de que nenhum culpado fique impune, ainda que à custa do sacrifício de algum inocente, também conhecido como “tolerância zero”. Conferir: Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, p. 84-85.

2-D. Direito penal do inimigo: trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os *inimigos* (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros). Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais. Portanto, estariam situados *fora do sistema*, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela qual a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio da preparação. Admite-se, ainda, que contra eles sejam aplicadas sanções penais desproporcionais à gravidade do fato praticado (cf. Günther Jakobs, *Derecho penal del enemigo*). Na realidade, à luz do sistema penal brasileiro, essa postura seria manifestamente inconstitucional. Parece-nos que, para evitar chegarmos,

um dia, a esse estágio de comportamento estatal (já em vigor nos EUA, por exemplo, em relação aos terroristas presos na base militar de Cuba), é fundamental termos instrumentos eficientes de combate à criminalidade perigosa, certamente existente, jamais perdendo de vista, pois desnecessário e imprudente, o amplo quadro dos direitos e garantias humanas fundamentais.

2-E. Prós e contras do direito penal do inimigo: enumera Jakobs (ob. cit.) os seguintes fatores em favor da adoção do direito penal do inimigo:

a) o direito penal do cidadão é o direito de todos; o direito penal do inimigo é daqueles que formam uma frente contra o Estado, embora possa haver, a qualquer tempo, um “acordo de paz” (p. 33); *b)* um indivíduo que se recusa a ingressar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa; afinal, quem ganha a guerra determina o que é norma, quem perde há de se submeter a essa determinação (p. 40-41); *c)* para não privar o cidadão do Direito Penal vinculado à noção do Estado de Direito, deve-se denominar de outra forma o conjunto de normas penais voltadas ao combate da criminalidade específica, em autêntica “guerra refreada” (p. 42); *d)* a vigência dos direitos humanos continua a ser sustentada, embora o seu asseguramento dependa do destinatário; o inimigo perigoso pede regras próprias (p. 55); *e)* um direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso, na ótica do Estado de Direito, do que impregnar todo o Direito Penal com regras específicas e duras, próprias do Direito Penal do Inimigo (p. 56). Cancio Meliá, na mesma obra, enumera os fatores contrários à adoção do direito penal do inimigo: *a)* falar em direito penal do cidadão é um pleonismo, enquanto direito penal do inimigo, uma contradição nos termos (p. 61); *b)* o direito penal do inimigo não passa

da consagração do direito penal *simbólico* (produção de tranquilidade mediante a edição de normas penais, ainda que não efetivamente aplicadas) e do *punitivismo* (endurecimento das normas penais existentes à moda antiga) (p. 69-70); *c)* no aspecto político, vislumbra-se que o discurso da *lei e da ordem* produz votos, tendo sido adotado pela esquerda política, o que era monopólio da direita política, havendo, pois, um descontrole da política criminal do Estado, com incremento das sanções penais (p. 70-72); *d)* a adoção do direito penal do inimigo lança o ordenamento jurídico-penal em uma visão prospectiva (o ponto de referência passa a ser o que pode acontecer), em lugar do tradicional método retrospectivo (o ponto de referência é o fato cometido); *e)* as penas passam a ser desproporcionalmente elevadas (p. 82); *f)* as garantias processuais são relativizadas ou mesmo suprimidas (p. 81); *g)* adotar-se-ia uma terceira velocidade para o direito penal, atingindo a coexistência de penas privativas de liberdade com a flexibilização dos princípios de política criminal e das regras de imputação (a primeira velocidade seria o ordenamento privilegiar as penas privativas de liberdade, mas também as clássicas regras de imputação e princípios processuais; a segunda velocidade seria a imposição de penas pecuniárias ou privativas de direitos, em função da menor gravidade de certos delitos, p. 82); *h)* o direito penal do inimigo seria um discurso do Estado para ameaçar seus inimigos e não para falar aos seus cidadãos (p. 86); *i)* nos campos de atuação do direito penal do inimigo (cartéis de drogas, criminalidade de imigração, criminalidade organizada, terrorismo) cuida-se de combater inimigos no sentido pseudoreligioso e não no sentido propriamente militar; seria a “demonização” do infrator (p. 88); *j)* promoveria a consagração do direito penal do autor e não do

direito penal do fato (p. 93-94 e 100-102); *k*) cuida-se de algo politicamente equivocado e inconstitucional, além de não contribuir para a prevenção fática dos crimes (p. 89-90); *l*) os candidatos a “inimigos do Estado” não parecem colocar efetivamente em risco os parâmetros fundamentais da sociedade num futuro previsível (p. 99-100).

2-F. Justiça Retributiva x Justiça Restaurativa: o Direito Penal sempre se pautou pelo critério da retribuição ao mal concreto do crime com o mal concreto da pena, segundo as palavras de Hungria. A evolução das idéias e o engajamento da ciência penal em outras trilhas, mais ligadas aos direitos e garantias fundamentais, vêm permitindo a construção de um sistema de normas penais e processuais penais preocupado não somente com a punição, mas, sobretudo, com a proteção ao indivíduo em face de eventuais abusos do Estado. O cenário das punições tem, na essência, a finalidade de pacificação social, muito embora pareça, em princípio, uma contradição latente falar-se, ao mesmo tempo em *punir* e *pacificar*. Mas é exatamente assim que ainda funciona o mecanismo humano de equilíbrio entre o bem e o mal. Se, por um lado, o crime jamais deixará de existir no atual estágio da Humanidade, em países ricos ou pobres, por outro, há formas humanizadas de garantir a eficiência do Estado para punir o infrator, corrigindo-o, sem humilhação, com a perspectiva de pacificação social. O Estado chamou a si o monopólio punitivo – medida representativa, a bem da verdade, de civilidade. A partir disso, não se pode permitir que alguns firam interesses de outros sem a devida reparação. E, mais, no cenário penal, é inviável que se tolere determinadas condutas lesivas, ainda que a vítima permita (ex.: tentativa de homicídio). Há valores indisponíveis, cuja preservação interessa a todos e não somente a um

ou outro indivíduo (ex.: meio ambiente). Portanto, se “A” destruir uma floresta nativa, existente na propriedade de “B”, não cabe ao Estado perguntar a este último se deve ou não punir o agente infrator. O interesse é coletivo. A punição estatal, logo oficial, realizada por meio do devido processo legal, proporciona o necessário contexto de Estado Democrático de Direito, evitando-se a insatisfatória e cruel *vingança privada*. A Justiça Retributiva sempre foi o horizonte do Direito Penal e do Processo Penal. Desprezava-se, quase por completo, a avaliação da vítima do delito. Obrigava-se, quase sempre, a promoção da ação penal por órgãos estatais, buscando a punição do infrator. Levava-se às últimas consequências a consideração de bens indisponíveis, a ponto de quase tudo significar ofensa a interesse coletivo. Eliminava-se, na órbita penal, a conciliação, a transação e, portanto, a mediação. Em suma, voltava-se a meta do Direito Penal a uma formal punição do criminoso como se outros valores inexistissem. A denominada Justiça Restaurativa, aos poucos, instala-se no sistema jurídico-penal brasileiro, buscando a mudança do enfoque supra mencionado. Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de *coletivos* em *individuais* típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público. Em quadro bem elaborado, Renato Sócrates Gomes Pinto compara a Justiça Retributiva com a

Restaurativa (*Carta Forense*, n. 51, agosto de 2007, p. 45). Alguns pontos importantes merecem destaque. São característicos da Justiça Retributiva: a) o crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado; b) o interesse na punição é público; c) a responsabilidade do agente é individual; d) há o uso estritamente dogmático do Direito Penal; e) utiliza-se de procedimentos formais e rígidos; f) predomina a indisponibilidade da ação penal; g) a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator; h) há o predomínio de penas privativas de liberdade; i) existem penas cruéis e humilhantes; j) consagra-se a pouca assistência à vítima; l) a comunicação do infrator é feita somente por meio do advogado. São traços da Justiça Restaurativa: a) o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio autor; b) o interesse em punir ou reparar é das pessoas envolvidas no caso; c) há responsabilidade social pelo ocorrido; d) predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal; e) existem procedimentos informais e flexíveis; f) predomina a disponibilidade da ação penal; g) há uma concentração de foco conciliador; h) existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários; i) as penas são proporcionais e humanizadas; j) o foco de assistência é voltado à vítima; l) a comunicação do infrator pode ser feita diretamente ao Estado ou à vítima. Não é preciso ressaltar ter sido a Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais) um marco na concretização de um modelo de Justiça Restaurativa. Pode não ter sido, ainda, o ideal, mas foi o possível. Outras leis advieram (ex.: Lei 9.714/98, que alterou e introduziu penas alternativas) proporcionando o surgimento de mais normas sinalizadoras da denominada Justiça Restaurativa. Dentre várias atitudes do Estado para afastar-se da Justiça Retributiva, aproximando-se da Restaurativa, ainda há muito por fazer

e reparar, pois, lamentavelmente, surgem, nesse processo, as medidas demagógicas, ineptas e insossas, servindo muito mais para desacreditar a Justiça Penal do que para fortalecer a restauração da paz social. Lembremos que alguns pressupostos da Justiça Restaurativa possuem base no Abolicionismo Penal, logo, um alicerce frágil, a inspirar cautela. Parece-nos que o estudioso do Direito Penal e Processual Penal precisa debruçar-se sobre os caminhos a seguir nesse dicotômico ambiente de *retribuição* e *restauração*. No entanto, deve fazê-lo de maneira objetiva, aberta, comunicando-se com a sociedade e, acima de tudo, propondo meios e instrumentos eficientes para se atingir resultados concretos positivos. Por vezes, notamos a atuação legislativa vacilante e ilógica, atormentada pela mídia e pela opinião pública, sem qualquer critério científico ou, no mínimo, razoável. A Justiça Restaurativa pode ser um ideal válido para a Política Criminal brasileira nos campos penal e processual penal, mas, insistimos, sem fantasias e utopias e abstenendo-se o jurista (bem como o legislador que o segue) de importar mecanismos usados em países com realidades completamente diferentes da existente no Brasil. Há crimes que merecem punição, com foco voltado mais à retribuição do que à restauração (ex: homicídio, extorsão mediante seqüestro, tráfico ilícito de drogas). Outros, sem dúvida, já admitem a possibilidade de se pensar, primordialmente, em restauração (ex.: crimes contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual). Nenhuma solução em favor desta ou daquela Justiça (retributiva ou restaurativa) pode ser absoluta. Se a retribuição, como pilar exclusivo do Direito Penal e do Processo Penal, não se manteve, não será a migração completa para a restauração que proporcionará a tão almejada situação de equilíbrio.

Capítulo I

DAS ESPÉCIES DE PENA³

3. Cominação das penas: elas podem ser cominadas, abstratamente, da seguinte forma: a) *isoladamente*: quando somente uma pena é prevista ao agente (ex.: a privativa de liberdade, no crime de homicídio – art. 121, CP); b) *cumulativamente*: quando ao agente é possível aplicar mais de uma modalidade de pena (ex.: a privativa de liberdade cumulada com multa, no crime de furto – art. 155, CP). Nesse caso, aplica-se a Súmula 171 do STJ (“Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa”); c) *alternativamente*: quando há possibilidade da opção entre duas modalidades diferentes (ex.: privativa de liberdade ou multa, no crime de ameaça – art. 147, CP).

Art. 32. As penas⁴ são:

I – privativas de liberdade;⁵

II – restritivas de direitos;⁶

III – de multa.⁷

4. Princípios da pena: a) princípio da *personalidade* ou da *responsabilidade pessoal*: significa que a pena é *personalíssima*, não podendo passar da pessoa do delinquente (art. 5.º, XLV, CF); b) princípio da *legalidade*: significa que a pena não pode ser aplicada sem *prévia* cominação legal – *nulla poena sine praevia lege* (art. 5.º, XXIX, CF); c) princípio da *inderrogabilidade*: significa que a pena, uma vez constatada a prática da infração penal, é *inderrogável*, ou seja, não pode deixar de ser aplicada (consequência da *legalidade*); d) princípio da *proporcionalidade*: significa que a pena deve ser *proporcional* ao crime, devendo guardar equilíbrio entre a infração pratica-

da e a sanção imposta (art. 5.º, XLVI, CF). Nesse sentido, já tivemos oportunidade de expor que a Suprema Corte americana vem controlando, de modo rígido, a aplicação de penas proporcionais à espécie de delito praticado, não permitindo, por exemplo, que se aplique a pena de morte ao delito de estupro, alegando desproporcionalidade e, conseqüentemente, crueldade (caso *Coker vs. Georgia*, de 1978, citado em nosso *Júri – Princípios constitucionais*); e) princípio da *individualização* da pena: significa que, para cada delinquente, o Estado-juiz deve estabelecer a pena exata e merecida, evitando-se a *pena-padrão*, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5.º, XLVI). Individualizar a pena é *fazer justiça*, o que, nas palavras de Goffredo Telles Júnior, significa “dar a cada um o que é seu” (*Preleção sobre o justo*, p. 137); f) princípio da *humanidade*: significa que o Brasil vedou a aplicação de penas insensíveis e dolorosas (art. 5.º, XLVII, CF), devendo-se respeitar a integridade física e moral do condenado (art. 5.º, XLIX).

5. Penas privativas de liberdade: são as penas de *reclusão*, *detenção* e *prisão simples*. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes (ver nota 8 abaixo) e a terceira é aplicada a contravenções penais. Diz o art. 6.º da Lei das Contravenções Penais: “A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. § 1.º O condenado à pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados à pena de reclusão ou de detenção. § 2.º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada não excede a 15 (quinze) dias”.

6. Penas restritivas de direitos: são as seguintes: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos,

limitação de fim de semana, prestação pecuniária e perda de bens e valores. Há, ainda, a pena de recolhimento domiciliar, prevista apenas para os delitos contra o meio ambiente (arts. 8.º, V, e 13 da Lei 9.605/98).

7. Pena de multa: é a única modalidade de pena pecuniária prevista no Brasil.

Seção I

Das penas privativas de liberdade

Reclusão e detenção⁸

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto.⁹ A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.^{10-10-A}

§ 1.º Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;¹¹

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;^{12-13-A}

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2.º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas¹⁴⁻¹⁵ em forma progressiva,¹⁶⁻²⁰ segundo o mérito^{21-22-A} do condenado,²³⁻²⁴ observados os seguintes critérios²⁵⁻²⁶ e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:^{27-29-B}

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;^{30-30-A}

b) o condenado não reincidente,^{30-B} cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.³¹

§ 4.º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.^{31-A}

8. Diferenças entre as penas de reclusão e detenção:

são basicamente *quatro*: a) a reclusão é cumprida *inicialmente* nos regimes fechado, semi-aberto e aberto; a detenção somente pode ter início no regime semi-aberto ou aberto (art. 33, *caput*, CP); b) a reclusão pode ter por *efeito da condenação* a incapacidade para o exercício do pátrio poder (atualmente, poder familiar), tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos a esse tipo de pena, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, CP); c) a reclusão propicia a *internação* nos casos de medida de segurança; a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (art. 97, CP); d) a reclusão é cumprida *em primeiro lugar* (art. 69, *caput*, parte final, CP). Há, ainda, algumas diferenças refletidas no processo penal, tal como a *proibição de fiança* aos delitos apenados com reclusão, quando a pena mínima cominada for superior a dois anos (art. 323, I, CPP). Em verdade, preconiza-se a extinção dessa diversa denominação, o que é bastante razoável, tendo em vista que as diferenças supra-apontadas são mínimas e, na prática, quase sempre irrelevantes. Mesmo no cenário do processo penal, outros critérios podem ser adotados para a concessão de fiança ou para outros fins, dispensando-se a distinção entre reclusão e detenção. Nesse prisma, encontra-se a lição de Paulo José da Costa Júnior: “Inexistindo entre reclusão e detenção qualquer diferença ontológica,

mesmo porque a lei não ofereceu nenhum critério diferenciador, parece não restar outra solução ao intérprete que assentar na insuficiência do critério quantitativo as bases da diversificação” (*Comentários ao Código Penal*, p. 146). Na realidade, na ótica do legislador de 1940 “foram criadas duas penas privativas de liberdade. Para crimes mais graves, a *reclusão*, de no máximo 30 anos, sujeitava o condenado a isolamento diurno por até três meses e, depois, trabalho em comum dentro da penitenciária ou, fora dela, em obras públicas. A *detenção*, de no máximo três anos, foi concebida para crimes de menor impacto: os detentos deveriam estar separados dos reclusos e poderiam escolher o próprio trabalho, desde que de caráter educativo. A ordem de separação nunca foi obedecida pelas autoridades brasileiras, e as diferenças práticas entre *reclusão* e *detenção* desapareceriam com o tempo, permanecendo válidas apenas as de caráter processual” (Luís Francisco Carvalho Filho, *A prisão*, p. 43).

9. Fundamentação para a escolha do regime: sempre que houver necessidade de o juiz aplicar o mais rigoroso (fechado em vez do semi-aberto, por exemplo), deve existir *motivação*: STF: “(...) O réu tem o insuprimível direito de conhecer, até mesmo para efeito de ulterior impugnação judicial, as razões que levaram o Estado a afetar-lhe ou a restringir-lhe o *status libertatis*” (HC 72.106-SP, 1.^a T., rel. Celso de Mello, 21.02.1995, v. u.). No mesmo sentido: STJ: HC 8.344-MS, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 06.05.1999, v. u., DJ 31.05.1999, p. 157. *A escolha do regime deve ser fundamentada*: STJ: “A escolha do regime fechado, mesmo em caso de roubo, deve ser concretamente fundamentada. E isto ganha maior relevância se a dosagem permitia, em tese, regime menos grave” (HC 9.063-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 03.08.1999, v. u., DJ 04.10.1999, p. 66).

10. Aplicação do regime fechado à pena de detenção: há polêmica se é possível aplicar, inicialmente, o regime fechado a crimes apenados com detenção, formando-se *duas correntes*: *a*) é possível aplicar o *regime fechado*, quando o réu for reincidente e outras circunstâncias do art. 59 forem desfavoráveis. O § 2.^o, letras *b* e *c*, do art. 33 do CP deve *prevalecer* sobre o *caput* (assim a posição de Jair Leonardo Lopes); *b*) somente é possível aplicar o *regime semi-aberto*, mesmo que o réu seja reincidente. O *caput* do art. 33 *prevalece* sobre o § 2.^o. É a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência: STJ: “O regime inicial para a execução da sanção de infração apenada com detenção é o aberto ou, então, o semi-aberto, ressalvada, v.g., a regressão. O fechado está reservado a delitos apenados com *reclusão*. Sendo a ré reincidente, o regime inicial é o semi-aberto” (HC 9.089-SP, rel. Felix Fischer, 5.^a T., 20.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 111). Idem: STF: HC 80.732-RJ, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 06.03.2001, v. u., DJ 20.04.2001; STJ: HC 9.089-SP, rel. Felix Fischer, 5.^a T., 27.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 111. A melhor posição é a segunda. Há, de fato, uma contradição entre o *caput* e o § 2.^o do art. 33, que precisa ser resolvida em favor do réu. Aliás, o próprio legislador confirmou tal tendência ao editar a Lei 9.455/97 (crimes de tortura), prevendo o regime inicial fechado a todos os delitos apenados com *reclusão*, exceto para o único crime apenado com detenção (art. 1.^o, § 2.^o – omissão de quem tinha o dever de agir para impedir a tortura). Há, também, uma exceção legal: a todos os crimes que sejam fruto de organização criminosa, não importando se apenados com *reclusão* ou detenção, deve ser aplicado o regime inicial fechado (art. 10, Lei 9.034/95).

10-A. Escolha do regime em caso de aplicação concomitante de *reclusão* e

detenção: já expusemos na nota 8 supra a inutilidade da divisão das penas privativas de liberdade em reclusão e detenção, na medida em que elas são cumpridas praticamente da mesma forma, sem qualquer distinção de estabelecimento prisional. Em suma, reclusos e detentos, quando estão no regime fechado, encontram-se no mesmo presídio; quando no semi-aberto, terminam na mesma colônia penal; inseridos no aberto, podem freqüentar a mesma Casa do Albergado. Entretanto, como são penas privativas de liberdade diferentes, não admitem soma, obrigando o magistrado a aplicá-las, quando for o caso, cumulativamente. Ex.: por um estelionato (art. 171, CP), três anos de reclusão; por uma fraude no comércio, um ano de detenção; pela prática de fraude à execução, mais um ano de detenção, em concurso material (art. 69, CP). Condena-se o réu a cumprir três anos de reclusão e dois anos de detenção, não se podendo somar os dois montantes, totalizando cinco anos. Preceitua o art. 69, *caput*, parte final, do Código Penal que a reclusão deve ser cumprida em primeiro lugar. Ora, tal disposição, na prática, é estéril, motivo pelo qual deve o julgador considerar, para o estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena, que o sentenciado possui cinco anos de prisão para cumprir. Por isso, não pode ingressar no regime aberto – afinal, o art. 33, § 2.º, *b*, do Código Penal especifica ser cabível o semi-aberto, no mínimo, para esse *quantum*. Seria ilógico separá-las, aplicando um regime para a reclusão e outro para a detenção. Aliás, se o julgador entender necessário, seguindo os parâmetros do art. 59 (art. 33, § 3.º, CP), pode até mesmo fixar o regime fechado para o condenado a três anos de reclusão e dois anos de detenção. Afinal, a primeira etapa é a pena de reclusão e esta admite, inicialmente, o regime fechado (art. 33, *caput*, CP). Após, faz-se a progressão com base no total, ou seja,

atingido um sexto de cinco anos, já pode passar a regime mais favorável.

11. Gravidade do crime e regime fechado: a gravidade do crime, por si só, não é motivo para estabelecer o regime fechado. A eleição do regime inicial de cumprimento da pena obedece aos mesmos critérios do art. 59, conforme determinação expressa do § 3.º do art. 33. STF: “A gravidade do tipo incidente, para todos os efeitos jurídicos, traduz-se na escala penal a ele cominada e, em concreto, na pena aplicada: por isso, é inadmissível a imposição de regime mais severo que o correspondente, em princípio, à pena aplicada, quando fundada apenas na valoração judicial subjetiva da gravidade em abstrato do crime praticado, critério que alguns tribunais vêm adotando sistematicamente sempre que se trate de roubo com causas especiais de aumento da pena: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal” (HC 77.714-8-SP, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 22.09.1998, *DO* 06.11.1998). No mesmo sentido: STF: HC 78.256-3-SP, 2.ª T., rel. Néri da Silveira, 09.02.1999, v. u., *DJ* 26.11.1999, p. 85. STJ: HC 8.236-SP, rel. Felix Fischer, 5.ª T., 11.05.1999, v. u., *DJ* 21.06.1999, p. 173; HC 10.064-SP, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 04.11.1999, v. u., *DJ* 06.12.1999, p. 105; HC 11.422-SP, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 15.02.2000, *DJ* 20.03.2000, p. 89; HC 11.086-SP, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 08.02.2000, *DJ* 20.03.2000, p. 87. Registre-se a edição da Súmula 718 do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

12. Pena fixada no mínimo e regime prisional mais severo: há duas posições a esse respeito: *a*) quando a pena for fixada no mínimo legal, porque todas as circunstâncias

do art. 59 do Código Penal são favoráveis, não há razão para estabelecer regime mais severo. Nesse sentido: STJ: "(...) O decreto condenatório obrigatoriamente deve se manifestar acerca do regime prisional, *não cabendo*, sendo o réu primário e impondo os critérios do art. 59 do CP a aplicação de *pena mínima*, determinar *regime inicial mais rigoroso*. Condenado o paciente, não reincidente, à pena de quatro anos e oito meses de reclusão, o regime inicial deve ser o semi-aberto" (HC 8.740-RJ, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 05.08.1999, v. u., DJ 30.08.1999, p. 77); "A gravidade genérica do delito, por si só, não justifica a imposição do regime inicial fechado, quando a dosagem da pena permite a aplicação do regime menos gravoso, tendo sido consideradas, no momento da fixação da pena-base, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) favoráveis ao réu, fato que lhe rendeu a indicação do mínimo legal. Afigura-se um contra-senso permitir a fixação da pena-base no mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à exasperação, e ao mesmo tempo averbar o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria" (REsp 661.734-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 07.04.2005, v. u.). No mesmo sentido: STJ, Rec. 30.172-SP, 6.^a T., rel. Anselmo Santiago, 15.04.1997, v. u., DJ 26.05.1997, p. 22.571; HC 9.196-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 24.08.1999, v. u., DJ 13.09.1999, p. 116; HC 9.760-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 24.08.1999, v. u., DJ 13.09.1999, p. 118; b) a fixação de pena no mínimo legal não leva, necessariamente, ao estabelecimento do regime mais brando, pois os requisitos do art. 59 devem ser analisados em duas fases: primeiramente, para a fixação do montante da pena e, em segundo plano, para a escolha do regime de cumprimento. Assim: STJ: "A imposição da pena no mínimo legal não é determinante do estabelecimento de regime prisional mais

grave, que, ao contrário, deve também ser informado pelas circunstâncias judiciais, sem vinculação necessária, contudo. O modo de execução do crime, principalmente se caracterizado pelo emprego efetivo de arma de fogo, é bastante para justificar o regime inicial fechado, à luz da concreta gravidade do crime" (HC 9.043-RJ, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 30.06.1999, v. u., DJ 13.09.1999, p. 116). Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos "circunstâncias e conseqüências do crime", previstos no art. 59. Muitas vezes, ocorre a predominância da indevida *política da pena mínima*, isto é, a praxe de muitos magistrados tendente a estabelecer sempre a pena mínima, embora, em seguida, resolvam fixar regime mais severo, porque o crime, abstratamente considerado, é grave. Com isso não concordamos. Exemplificamos com o caso do roubo: se for a mão armada, a pena padrão é de 5 anos e 4 meses de reclusão. Depois, no momento de fixar o regime de cumprimento, porque se trata de "crime grave" – não porque foi cometido em peculiares circunstâncias fáticas, mas pelo simples fato de ser um "roubo", delito que assola as grandes metrópoles –, estabelece-se o regime fechado. Ora, nada justifica tal postura, uma vez que o regime de cumprimento da pena deve obedecer, fielmente, os critérios do art. 33, especialmente o disposto no § 3.^o, que remete ao art. 59. Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado

abstratamente *grave* não é motivo para colocá-lo em regime mais severo. Pode-se utilizar o regime inicial fechado para o crime de roubo, quando o modo de praticá-lo foi excepcional, tal como utilizar violência desnecessária contra a vítima já rendida, demonstrando sadismo. Entretanto, nessa hipótese, merece a pena ser estabelecida acima do mínimo legal. Portanto, embora não seja teoricamente impossível a fixação da pena no mínimo e regime mais severo, cremos ser inviável padronizar o entendimento seja num sentido, seja noutro. Direito penal não é ciência exata, e cada caso merece avaliação de *persi*, fazendo-se justiça no caso concreto, e não em abstrato. Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. Consulte-se o disposto na Súmula 719 do STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

13. Falta de vagas no regime semi-aberto: há *duas posições* a respeito: *a)* deve o sentenciado aguardar no regime fechado, pois a sociedade não deve correr riscos por ineficiência do Estado. Afinal, o regime semi-aberto não é de liberdade, mas prisional; *b)* deve o condenado aguardar a vaga no regime aberto, pois a ineficiência do Estado em gerar espaço no semi-aberto não pode ser atribuída ao indivíduo. Nesse sentido: STF: “A Turma deferiu *habeas corpus* para garantir ao paciente o cumprimento da pena em estabelecimento prisional adequado ao

regime fixado na sentença condenatória. Tratava-se, na espécie, de *writ* em que condenado à pena em regime semi-aberto, por roubo qualificado, questionava a imposição de seu recolhimento à cadeia pública da comarca. Ocorre que o mesmo juízo que ordenara a custódia do paciente, em informações prestadas a esta Corte, noticiara a interdição do mencionado estabelecimento, aduzindo que a partir daquela data nenhum réu fora lá recolhido. Observou-se que, no caso, embora não houvesse expressa determinação judicial no sentido de que o paciente fosse posto em regime prisional mais gravoso do que o fixado na sentença e tampouco processo de execução formalmente instaurado, dever-se-ia levar em conta a expedição de mandado de prisão a uma cadeia pública cuja interdição fora informada pela mesma autoridade judicial que decretara a custódia. Assim, reputou-se configurado constrangimento ilegal para o paciente que, nos termos do mandado, seria preso se comparecesse e considerado foragido se não se apresentasse” (HC 94.810-SP, 1.^a T., rel. Cármen Lúcia, 28.10.2008, *Informativo* 526); “A Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* para determinar o imediato encaminhamento do paciente a estabelecimento penitenciário adequado à execução de regime semi-aberto, sob pena de, não sendo possível à administração penitenciária executar a presente ordem no prazo de 72 horas, ser-lhe assegurado o direito de permanecer em liberdade, se por al não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Tratava-se, na espécie, de *writ* em que se discutia a possibilidade de o réu, condenado a cumprimento de pena em regime semi-aberto, aguardar em regime prisional mais gravoso (regime fechado) o surgimento de vaga em colônia penal agrícola e/ou colônia penal industrial ou em estabelecimento similar. Tendo em

conta a circunstância relevante de o juiz haver reconhecido que o paciente preencheria os requisitos necessários para iniciar a execução da pena em regime semi-aberto, entendeu-se inaceitável que – ao argumento de deficiências estruturais do sistema penitenciário ou de incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação de determinações impostas pela Lei Execução Penal – LEP, que constitui exclusiva obrigação do Poder Público – venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciante, de direitos subjetivos que lhe foram conferidos pelo ordenamento positivo, como o de começar, desde logo, quando assegurado por sentença penal já transitada em julgado, o cumprimento da pena em regime semi-aberto. Rejeitou-se, ainda, a pretendida concessão de prisão domiciliar, prevista no art. 117 da LEP, considerado o caráter excepcional e taxativo das hipóteses constantes desse dispositivo. Vencido, em parte, o Min. Joaquim Barbosa que deferia o *habeas corpus* de modo mais limitado, para que o paciente fosse colocado em prisão domiciliar ou cumprisse pena em outra comarca. Precedente citado: HC 76930/SP (DJU de 26.03.1999)” (HC 87985-SP, rel. Celso de Mello, 20.03.2007, m. v., *Informativo* 460). STJ: “Se o Estado, que condena o acusado a cumprir pena prevista na lei, não tem local adequado para que ela seja cumprida nos termos da decisão que, por seu agente, entendeu de lavrar, não é possível manter o sentenciado em condições prisionais que extrapolem aquelas estritamente descritas na sentença. Recurso provido, para que o acusado cumpra a pena, excepcionalmente, em regime aberto ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até que o Juízo das Execuções assegure vaga em estabelecimento adequado” (RHC 9.289-SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 07.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 141). Pensamos que a solução deve estar

no meio-termo. Se o réu está preso, durante a instrução – respondendo por roubo, por exemplo –, e é condenado a cumprir 5 anos e 4 meses no regime semi-aberto, não tem cabimento colocá-lo imediatamente em liberdade, no malfadado regime aberto (prisão domiciliar), pois a sociedade corre evidente risco de sofrer novas condutas criminosas daquele que ainda não está preparado para o retorno ao convívio na comunidade. O mesmo se diga daquele que, estando no regime fechado, recebe o benefício de progredir ao semi-aberto. Deve aguardar sua vaga no fechado, pois não tem preparo para seguir diretamente ao aberto. Aliás, justamente por isso estava no regime fechado e progrediu para o *semi-aberto*. Assim, salvo situações excepcionais e teratológicas, como a da pessoa que, tendo recebido o regime semi-aberto, já está quase cumprindo toda a pena no fechado sem que o Estado providencie a devida vaga, merecendo, pois, o regime aberto, justificador da progressão por “salto”, no mais deve o sentenciado aguardar no regime mais rigoroso. É preferível a progressão do fechado diretamente ao aberto, considerando-se o período em que esteve aguardando vaga no semi-aberto, como de efetivo cumprimento nesse regime, do que mandar o condenado para casa, em prisão domiciliar, fazendo-o retornar ao regime mais rigoroso muito tempo depois, quando já está adaptado à liberdade. O sistema inverso – passagem do aberto, em que aguardaria vaga, para o semi-aberto – é contraproducente, pois não é reeducativo. Não se confere a alguém o regime mais leve para depois, sem qualquer razão, transferi-lo para o mais severo. Por outro lado, quando o sujeito aguardou toda a instrução em liberdade, tendo recebido uma pena, por exemplo, de 6 anos e o regime semi-aberto, não tem cabimento colocá-lo no fechado, por falta de vaga no regime intermediário. Nesse caso, o condenado

estava em liberdade, sinal de que não colocava em risco a sociedade, a despeito do crime que cometeu, de forma que o trauma de inseri-lo em regime muito mais rigoroso é de ser evitado. Essa seria a hipótese, em nosso entender, de justificar que aguarde no regime aberto a vaga no semi-aberto: afinal, já estava e continuará em liberdade até que seja levado a seguir para regime mais rigoroso. Embora saibamos que tudo isso não é a solução adequada e que todas as hipóteses possuem prós e contras, cremos ser o mais adequado para enfrentar as dificuldades do momento. No Estado de São Paulo, cada vez mais se vêm criando vagas no semi-aberto, embora nem um centavo tenha sido gasto no tocante ao regime aberto. Portanto, é preciso contrabalançar os interesses da sociedade, que clama por segurança diante de indivíduos perigosos, com os interesses do indivíduo, que não pode pagar pela ineficiência do Estado. Assim, quem está preso no fechado, salvo situações excepcionais, nesse regime deve aguardar a vaga no semi-aberto. Quem está em liberdade, deve continuar assim até que a vaga no regime intermediário seja providenciada.

13-A. Fixação do regime semi-aberto em lei especial: preceitua o art. 56 da Lei 6.001/73 que “no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola. Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, *em regime especial de semiliberdade*, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado” (grifamos). Nesse caso, pouco importando o *quantum* da pena, deve-se inserir o condenado indígena em regime semi-aberto. A expressão *se possível* diz respeito à existência de colônia

penal no lugar da condenação, bem como à possibilidade de o sentenciado adaptar-se à semiliberdade. Afinal, tratando-se de pessoa perigosa, embora índio, deve ser recolhido ao regime fechado.

14. Caráter jurisdicional da execução penal e rito do agravo: a execução da pena tem o caráter jurisdicional (Ada Pellegrini Grinover, Frederico Marques, Mirabete, entre outros) e qualquer decisão contrária aos interesses do condenado, como a negativa de progressão de regime, por exemplo, deve ser impugnada através do recurso de agravo (art. 197 da Lei de Execução Penal). O rito para o processamento do recurso é o mesmo do recurso em sentido estrito: STJ: AgRg 132.915-0-SP, 5.^a T., rel. Cid Flaquer Scartezini, 19.03.1998, v. u.; REsp 171.755-DF, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 01.06.1999, v. u., DJ 21.06.1999, p. 206.

15. Competência para executar a pena: é do juízo das execuções criminais. Ver Súmula 192, STJ: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

16. Regime progressivo de cumprimento da pena: como parte da individualização executória da pena, deve haver progressão de regime, forma de incentivo à proposta estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado. Nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que

vedam a progressão. § 1.º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2.º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”. Significa que, a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando (do fechado para o semi-aberto, por exemplo), caso demonstre merecer o benefício. Quanto aos critérios para apurar o merecimento, após a modificação introduzida no art. 112 pela Lei 10.792/2003, consultar a nota 21-A abaixo. Com a modificação introduzida pela Lei 11.464/2007, passa a ter nova redação o art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90, cuidando dos crimes hediondos e equiparados: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. Essa nova regra, entretanto, somente será aplicada aos delitos hediondos e equiparados cometidos a partir de 29 de março de 2007, data de início de vigência da Lei 11.464/2007. Leis penais mais severas não podem retroagir no tempo, prejudicando autores de fatos praticados anteriormente à sua entrada em vigor (art. 5.º, XL, CF). Nem se diga que os prazos para a progressão constituem meras normas de execução penal, pois elas têm nítido caráter de direito material, refletindo na pena e no modo de cumprimento, bem como de individualização executória. Trata-se, pois, de lei penal e, como tal, deve ser aplicada.

17. Cumprimento das penas mais graves em primeiro lugar: as penas mais graves devem ser cumpridas em primeiro lugar, independentemente da ordem de chegada das guias de recolhimento. Assim, ha-

vendo penas impostas pela prática de crimes hediondos, devem estas ser cumpridas em primeiro lugar, pois são consideradas mais severas, até porque o regime inicial deve ser sempre fechado, bem como estipulam um prazo maior para a obtenção do livramento condicional. Após a decisão proferida no HC 82.959-SP (Plenário), em 23 de fevereiro de 2006, o STF decidiu, por maioria de votos, ser possível a progressão de regime em casos de crimes hediondos e equiparados. O mesmo previu a Lei 11.464/2007, ao promover a alteração no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 (o regime fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados é fechado *inicial*). Entretanto, continuam a ser consideradas penas mais graves. Aliás, com o fito de ajustar a lei à decisão do Pretório Excelso, como já mencionado, modificou-se o conteúdo do art. 2.º, § 2.º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, alterada pela Lei 11.464/2007), que passou a prever o seguinte: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo [hediondos e equiparados], dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”. Nesse sentido: TJSP: “Recolhido o condenado ao estabelecimento penal, devem ser executadas as penas na ordem decrescente de gravidade, independentemente das datas de recolhimento das respectivas guias de recolhimento pelo juiz da execução, e nessa ordem deve ser elaborado o cálculo de liquidação destinado à retificação dos documentos” (HC 280.613-3, 6.ª C., rel. Gentil Leite, 20.05.1999, v. u.). Especificamente sobre o cumprimento de penas por crimes hediondos em conjunto com penas resultantes de delitos comuns, ver a nota 17-A abaixo.

17-A. Execução das penas resultantes de crimes hediondos e comuns: havendo

concurso de crimes, adotou o Código Penal o sistema normativo para a aplicação das penas, ou seja, os critérios são estabelecidos expressamente em lei (arts. 69, 70 e 71, CP). Portanto, quando houver mais de uma ação ou omissão provocando dois ou mais crimes, aplicam-se *cumulativamente* as penas, significando que elas devem ser *somadas* (art. 69 do CP c.c. art. 66, III, *a*, Lei de Execução Penal). Somente não haverá possibilidade de somatória caso as penas privativas de liberdade sejam de diversas espécies (reclusão e detenção), nesse caso deve ser cumprida em primeiro lugar a de reclusão e, após, a de detenção (art. 69, *caput*, parte final, c.c. 76, CP). Nota-se que as penas de reclusão, resultantes de concurso material, devem ser somadas, fazendo com que haja um montante unitário para conduzir a execução e sobre esse total incidam os benefícios e o período mínimo exigido para que eles sejam concedidos. Não importa, pois, se o condenado obteve várias condenações em diversas Varas: suas penas serão todas somadas na execução. Desse montante global extrai-se o que for necessário para permitir ou negar benefícios. Uma questão não examinada pelo legislador – que deveria ter sido feita – é a somatória de penas privativas de liberdade, quando da mesma espécie (todas de reclusão), embora *resultantes* de delitos com características diferenciadas. Podemos encontrar vários sentenciados cujas penas de reclusão formam um todo resultante de crimes hediondos, dos equiparados a hediondos e de crimes não hediondos, que, para esse fim, chamaremos de comuns. Como calcular os benefícios penais nesse cenário? Façamos duas distinções: para fim de progressão e para fim de livramento condicional. Para fim de progressão, não há mais óbice legal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a proibição estabelecida na Lei 8.072/90 (art. 2.º, § 1.º), por ferir o

princípio constitucional da individualização da pena (HC 82.959-SP, Pleno, rel. Marco Aurélio, 23.02.2006, m. v.). Além disso, em seguimento ao veredicto do Pretório Excelso, estabeleceu a Lei 11.464/2007, modificando o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, o seguinte: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado” (grifamos). E mais: a referida Lei, alterando o art. 2.º, § 2.º, fixou que a progressão se fará de forma mais severa: 2/5 para primários; 3/5 para reincidentes. Dessa forma, é preciso computar os 2/5, com relação aos primários (3/5, se reincidentes), do crime hediondo pelo qual foi condenado para, somando-se ao restante da pena, quando envolver delitos não hediondos, checar se já se atingiu, do total, 1/6. Nesse caso, pode progredir ao semi-aberto e deste ao aberto. Se não completou 2/5 pelo crime hediondo e/ou 1/6 do total, não pode seguir ao regime mais brando. Quanto ao livramento condicional, no entanto, o sentenciado deve cumprir, pelo menos, dois terços da pena do delito hediondo e um terço do total (se primário e de bons antecedentes) ou metade do total (se reincidente ou de maus antecedentes) para pedir o benefício. Confira-se: STJ: “A Lei dos Crimes Hediondos, não obstante proibir a progressão de regime, conferiu o direito ao livramento, só que a partir de 2/3 do cumprimento da pena. É por esse período que o executor da pena deve-se pautar a fim de conceder o livramento, mesmo diante de cumprimento em conjunto de sanção de crime comum, sob pena de descumprir os mandamentos legais. *In casu*, a condenação por tráfico de entorpecentes foi firmada em 3 (três) anos, a do crime de associação, também em 3 (três) anos, e a de porte de arma em 2 (dois) anos. Unificadas as penas em 8 (oito) anos, mas cumprido 2/3 do crime hediondo, ou seja, 2 anos, sobre o somatório restante, 6 (seis) anos, deve incidir o cômputo de 1/3 para

efeito de conferir o direito ao livramento condicional, conforme se depreende das normas do art. 83, I e V, c.c. art. 84, ambos do CP. (...) Ora, a prevalecer o cumprimento total da reprimenda, surgiria uma injusta desigualdade, pois, se o sujeito praticasse um crime hediondo ele teria direito a livramento condicional, porém, não à progressão de regime. De outro lado, se ele praticasse um delito hediondo e um comum, na prática, ele não teria direito a livramento condicional do crime hediondo e, também, à progressão de regime. Parece tal entendimento ser contrário ao texto legal, eis que imprevisto. Inexistindo, portanto, qualquer indicação restritiva na norma penal quanto ao direito em exame, não poderá o intérprete fazê-la. Bem assim, em virtude da interpretação mais benéfica, o direito do Paciente deve ser tutelado de modo a endereçá-lo a melhor situação" (HC 23.942-RJ, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 03.12.2002, v. u.). Assim também decidiu: TJRS: AgExec 70002145225-Santana do Livramento, Câmara Especial Criminal, rel. Vladimir Giacomuzzi, 07.03.2001, v. u.

18. Progressão nos crimes hediondos e no delito de tortura: passa a haver possibilidade de progressão no caso dos crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo (infrações previstas na Lei 8.072/90), tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a vedação estabelecida pelo art. 2.^o, § 1.^o, da Lei dos Crimes Hediondos (HC 82.959-SP, Pleno, rel. Marco Aurélio, 23.02.2006, m. v.), por ferir o princípio constitucional da individualização da pena. Pensamos ter agido com integral acerto o Pretório Excelso, pois somos contrários à imposição de qualquer tipo de *pena-padrão* ou *regime-padrão* (pelo legislador ou pelo juiz), já que tal situação não permite ao magistrado diferenciar réus e condenados, afetando, pois, a indispensável individua-

lização da pena e de seu cumprimento. O crime de tortura, que constava da mesma relação impeditiva de progressão da Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados, fora excluído dessa vedação, anteriormente, pela edição da Lei 9.455/97. A partir da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, as demais Cortes brasileiras passaram a dar veredictos no mesmo sentido. Conferir: STJ: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959, afastou a proibição da progressão do regime de cumprimento da pena aos réus condenados pela prática de crimes hediondos. Ordem conhecida em parte e, na parte conhecida, concedida a ordem, tão-somente para afastar o óbice imposto pela Lei dos Crimes Hediondos" (HC 46.790-SC, 6.^a T., rel. Hélio Quaglia Barbosa, 09.03.2006, DJ 05.06.2006, p. 321). Adaptando-se à decisão do Pretório Excelso, a Lei 11.464/2007, modificando o art. 2.^o, § 2.^o, da Lei dos Crimes Hediondos, passou a considerar a progressão da seguinte forma: 2/5 (para primários) e 3/5 (para reincidentes). Embora mais severa a progressão para os delitos hediondos e equiparados, não vemos, nesse aspecto, qualquer inconstitucionalidade. Ao contrário, respeita-se a individualização executória da pena, permitindo-se a progressão e evitando-se a padronização da pena, bem como se segue o princípio da proporcionalidade, vale dizer, a crimes mais graves, maiores punições; aos menos graves, mais brandas as penalidades, incluindo-se, nesse aspecto, o critério para a progressão de regime. Insistimos em mencionar, no entanto, que a aplicação da nova disposição somente será possível aos crimes hediondos e equiparados cometidos a partir de 29 de março de 2007, quando entrou em vigor a nova disposição, prejudicial ao réu. E leis penais somente retroagem em benefício de autores de infrações penais (art. 5.^o, XL, CF).

19. Impossibilidade de alteração do conteúdo da sentença condenatória, com trânsito em julgado, pelo juiz da execução penal, fora do contexto da lei penal benéfica: essa é a regra, pois o título executivo formou-se validamente. Somente pode ser alterado diante de nova lei penal benéfica ou de interpretação favorável de Tribunal Superior. Debatia-se, por exemplo, se o juiz da execução penal poderia alterar o disposto na sentença condenatória, com trânsito em julgado, em relação à imposição de regime fechado integral para os crimes hediondos e equiparados, a pretexto de considerar inconstitucional tal fixação. Embora continuemos a defender que o juiz da execução penal somente pode alterar o título executivo se houver o advento de lei penal mais favorável, passamos também a considerar viável a modificação do disposto na sentença condenatória definitiva, quando houver interpretação benéfica de lei penal, feita pelo STF ou pelo STJ (ver a nota 25-A ao art. 2.º). Portanto, no caso presente, como já mencionamos na nota 18 supra, entendendo o STF ser cabível a progressão de regime, em qualquer situação, é natural que o juiz da execução penal possa desconsiderar o regime fechado *integral*, fixado na sentença condenatória, autorizando, quando for o caso, regime mais favorável para qualquer espécie de delito. Tal posição, que sustentávamos, perdeu o sentido, pois a Lei 11.464/2007, modificando o disposto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, estabeleceu, para os crimes hediondos e equiparados, o regime *inicial* fechado. Restaria, em tese, a seguinte discussão: se o juiz fixar para o condenado por crime hediondo o regime semi-aberto, não havendo recurso por parte do Ministério Público, poderia o juiz da execução estabelecer o fechado? Cremos que não, pois estaria agindo contra a coisa julgada e em prejuízo do réu. Ver a nota 20 abaixo.

20. Impossibilidade de alteração de regime indevidamente concedido na sentença condenatória: se o juiz da condenação impuser, por exemplo, regime inicial semi-aberto a um acusado por tortura, contrariando o disposto no art. 1.º, § 7.º, da Lei 9.455/97, não pode o juiz da execução penal, a pretexto de *corrigir* a decisão, seguindo o regime fixado em lei, alterá-lo para o fechado. Seria uma indevida *revisão criminal* de ofício e em prejuízo do réu, contrariando a coisa julgada. Nessa linha: TJSP: “A coisa julgada impede que se reveja, pelo Juízo da Execução ou Tribunal, a sentença que aplicou o direito à espécie, bem ou mal, quanto à possibilidade de se conceder ao reeducando a progressão de regime prisional” (Ag. 268.641-3, 3.ª C., rel. Gonçalves Nogueira, 17.08.1999, v. u.).

21. Conceito e análise do mérito do condenado: o mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito não deve, jamais, ser avaliado segundo o crime praticado e o montante da pena aplicada, pois não é essa a disposição legal. Por seu crime, o sentenciado já foi sancionado e cumpre pena, não podendo carregar, durante toda a execução, o estigma de ter cometido grave infração penal. O objetivo da pena, fundamentalmente, é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança. Deve o merecimento ser apurado no caso

concreto, contando, em alguns casos (ver a nota abaixo), com a avaliação da Comissão Técnica de Classificação (composição: diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social), conhecedora do processo de individualização da execução penal (arts. 5.º a 9.º, LEP). Nesse prisma: STJ: “*Não se deve conceder ao paciente, que comete falta grave, o beneplácito da progressão de regime*” (HC 7.714-SP, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, v. u., DJ 24.05.1999, Seção 1, p. 181).

21-A. Análise do mérito para a progressão em confronto com a individualização executória da pena, após o advento da Lei 10.792/2003: em vigor desde o dia 2 de dezembro de 2003, a Lei 10.792, de 1.º de dezembro do mesmo ano, trouxe alterações substanciais à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). O objetivo principal da reforma foi o aprimoramento da legislação para o combate ao crime organizado e à atuação de grupos e quadrilhas dentro dos presídios. Houve a criação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que será objeto de análise na nota 32-A, bem como buscou-se diminuir a atuação da Comissão Técnica de Classificação no cenário da progressão de regime. Antes da Lei 10.792/2003, essa Comissão, composta pelo diretor do presídio, por, pelo menos, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (art. 7.º, LEP), obrigatoriamente participava do processo de individualização da execução, opinando nos pedidos de progressão do regime fechado para o semi-aberto e deste para o aberto. Cabia a ela, inclusive, propor as progressões e regressões de regime, bem como as conversões. Destarte, dispunha o art. 112, parágrafo único (hoje substituído pelos §§ 1.º e 2.º), cuidando da progressão de regime: “A decisão será motivada e precedida de

parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”. A nova redação estipula que a decisão de progressão será motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa (§ 1.º), com igual procedimento para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas (§ 2.º). O art. 6.º da Lei de Execução Penal, com novo texto, indica que a mencionada Comissão Técnica de Classificação deve elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, não mais mencionando que deverá propor a progressão ou regressão. Aliás, a redação atual do art. 112, *caput*, passa a prever que a transferência em forma progressiva para regime menos rigoroso (fechado para o semi-aberto e deste para o aberto) será determinada pelo juiz, quando o preso atingir um sexto da sua pena no regime anterior e tiver *bom comportamento carcerário*, comprovado pelo diretor do estabelecimento, *respeitadas as normas que vedam a progressão*. Esta parte final foi uma cautela do legislador para evitar qualquer interpretação tendente a acreditar que foi revogada a parte da Lei dos Crimes Hediondos que impede a progressão, afinal, poder-se-ia falar em novel lei penal benéfica, passível de afastar a aplicação de anterior disposição prejudicial ao condenado (essa questão, em face de decisão do STF e da edição da Lei 11.464/2007, autorizando a progressão de regime para todos os delitos, inclusive hediondos e equiparados, conforme exposto na nota 18 supra, perdeu relevo). Nota-se que a preocupação do legislador em eliminar a obrigatoriedade de participação da Comissão Técnica de Classificação no processo de avaliação da possibilidade de progressão de regime – igualmente no tocante ao livramento condicional, indulto e comutação – poderia merecer elogio, num

primeiro momento, desde que se entendes-se como medida desburocratizante. Assim, ao invés de, em todo e qualquer caso, dever o magistrado submeter um pedido de progressão de regime à avaliação prévia da Comissão Técnica de Classificação, que, na realidade, não foi extinta pela nova Lei, a partir de agora, dentro do *constitucional* processo de *individualização da pena*, somente em situações necessárias, para a formação da convicção do julgador, poderá ser determinada a colheita de elementos junto à Comissão ou mesmo à Direção do Presídio. Outra não pode ser a interpretação a ser dada, uma vez que seria fazer letra morta da riqueza proporcionada pelo art. 5.º, XLVI, da Constituição Federal, consagrador do princípio constitucional da individualização da penal – e lei ordinária não poderia fazê-lo. É sabido que a individualização tem três etapas: individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória. A primeira, concernente ao Congresso Nacional, no momento de elaborar o tipo penal incriminador, deve concretizar uma faixa de pena na qual irá trabalhar o juiz (ex.: para o crime de homicídio simples, elegeu-se a pena de *reclusão, de seis a vinte anos*). A segunda, relativa à aplicação da pena na sentença condenatória, é atinente ao magistrado, respeitado o critério trifásico previsto no art. 68 do Código Penal. A terceira, destinada à execução penal, faz com que a pena amolde-se, ao longo do seu cumprimento, às necessidades de ressocialização do preso, conforme o seu *merecimento*. Frise-se, pois, que tal processo, constitucionalmente idealizado, não foi alterado. O Código Penal, que não foi modificado, continua a mencionar, no art. 33, § 2.º, que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, *segundo o mérito do condenado...*”. Ora, como o juiz apura o mérito? De variadas maneiras e

uma delas era o parecer obrigatório da Comissão Técnica de Classificação. Elimina-se essa obrigatoriedade, incluindo-se em seu lugar a indispensabilidade de atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, passa-se a exigir do juiz da execução penal maior liberalidade em relação ao preso comum, isto é, no tocante àquele que não cometeu crime violento (violência física ou moral) contra a pessoa, de particular gravidade. Um autor de furtos, por exemplo, pode progredir do regime fechado para o semi-aberto, bastando o atestado de boa conduta, se não houver outros dados negativos a seu respeito. Entretanto, o condenado por vários assaltos, em outro exemplo, ainda que tenha bom comportamento, pode despertar no magistrado a necessidade de realização do exame criminológico ou mesmo de ouvir a Comissão Técnica de Classificação para autorizar a progressão. Observe-se que o art. 8.º da Lei de Execução Penal não foi alterado e preceitua que “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à *individualização da execução*” (grifo nosso). Ora, ainda que se diga que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta *individualização executória* da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que diretores de presídio não possuem conhecimento técnico especializado para a visualização criminológica do condenado, se não for elaborado outro exame criminológico para fornecer um padrão de confronto ao juiz. A doutrina, há muito tempo, vem sustentando que a pena-padrão, o regime-padrão e o cumprimento-padrão são desatinos implementados ora pelo legislador, ora pelo

magistrado, motivo pelo qual não é momento de se cercear a atividade individualizadora do juiz, mas, ao contrário, de privilegiá-la. Se a obrigatoriedade de obtenção do parecer da Comissão Técnica de Classificação foi eliminada, podemos reputar à tendência de evitar justamente a padronização, isto é, afastar a realização de laudos e pareceres idênticos para casos similares, por excesso de serviço e falta de pessoal. Agora, reservando-se o trabalho dessa Comissão e de outros profissionais do presídio (como o psiquiatra) para casos graves, pode-se melhor tecer pareceres para enaltecer o *merecimento* do preso, *individualizando* a execução de sua pena. Sem dúvida que se pode voltar os olhos para a supressão, na parte final do art. 112, *caput*, da expressão “e seu mérito indicar a progressão”, parecendo, então, que não há mais avaliação do merecimento para que a mudança de regime se concretize. Assim não nos parece, pois o sistema penal e de execução penal deve ser um todo harmônico, cumprindo ressaltar que o Código Penal continua a mencionar a necessidade de se avaliar o mérito do condenado para a progressão, bem como o exame classificatório continuará a ser feito no início da execução, assim como o criminológico, ainda existindo a Comissão Técnica de Classificação. Por isso, partindo-se do pressuposto de que a individualização da pena não se encerra com a prolação da sentença, continuando durante a execução da pena, que possui caráter jurisdicional, logo, depende de atos motivados do juiz para que se desenvolva, jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de, para formar seu convencimento, o magistrado ficar entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, *para todo e qualquer caso*, sabe-se lá de que forma e com qual critério. O Poder Judiciário é autônomo do Executivo, não sen-

do um atestado o suficiente para levar o magistrado a abrir mão de sua independência funcional, avaliando concretamente o progresso e o merecimento de condenados submetidos à sua jurisdição. Outro caminho seria coibir a individualização executória da pena, o que, ademais, não seria o ideal. Realizar um programa individualizador no começo do cumprimento da pena (art. 6.º, LEP) e um exame criminológico (art. 8.º, LEP), sem haver solução de continuidade, quando for indispensável para obtenção do resultado concreto do programa fixado para o preso, seria inútil. Para que o juiz não se limite a requisitos puramente objetivos (um sexto do cumprimento da pena + atestado de boa conduta carcerária), contra os quais não há insurgência viável, privilegiando o aspecto subjetivo que a individualização—judicial ou executória—sempre exigiu, deve seguir sua convicção, determinando a elaboração de laudo criminológico, quando sentir necessário, fundamentando, é certo, sua decisão, bem como pode cobrar da Comissão Técnica de Classificação um parecer específico, quando lhe for conveniente. Acrescente-se que a redação do art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, menciona que o preso deve ostentar bom comportamento *comprovado* pelo diretor do estabelecimento. Essa comprovação pode não se dar de modo suficiente em um singelo atestado de boa conduta, instando o magistrado a demandar outros esclarecimentos, como os dados possíveis de colhimento pelos demais profissionais em exercício no estabelecimento penal. O mesmo se diga no que se refere ao livramento condicional, já que continua vigente o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, demandando exame criminológico, quando o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa. Sustentando, igualmente, a necessidade de se manter a realização do exame criminológico para a

progressão de regime, por atender ao princípio constitucional da individualização da pena, afirmam Cláudio Th. Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes que “por uma questão de justiça, respeito à Democracia e com vistas à recuperação do sentenciado, a execução da pena deve ser individualizada e a Constituição Brasileira, conquanto tenha sido promulgada depois da lei supracitada, cobra essa individualização, mercê de seu art. 5.º, inciso XLVI. Ou seja, o legislador sabia, tinha consciência de que, para criminosos diferentes, execuções de penas também diferentes, e o elemento orientador dessa individualização é o exame criminológico, já que não se dispõe de outro meio. Além disso, como dito acima, o exame é a forma pela qual o magistrado tem como fundamentar sua decisão acerca da antecipação da liberdade do sentenciado e progressão regimental, antes de cumprida a pena na íntegra. (...) Quanto à alegação de que o exame é mal elaborado, tenha-se em mente dois fatos: primeiro, de que há um outro exame, também previsto na legislação, mas que não é feito, o exame de personalidade, o qual deveria ser aplicado quando da entrada do sentenciado no sistema prisional e serviria de esteio ao exame criminológico (...) Mais uma vez impotente para realizar reformas profundas, que demandam vontade política, dinheiro e tempo, o Estado lança mão de paliativos simplistas” (*Em defesa do exame criminológico*, p. 3). E também: “Em razão dessa interpretação pobre e literal da nova redação dada ao art. 112 da LEP, poderíamos concluir que, além do tempo mínimo de cumprimento da pena, bastaria tão somente a juntada de atestado de boa conduta carcerária para o apenado obter o benefício almejado. Porém, é evidente que, em boa parte dos casos, a mera análise do comportamento carcerário do preso não é suficiente para a verdadeira individualiza-

ção da pena durante o processo de execução. Assim sendo, entendemos que, mesmo sob a égide da Lei 10.792/2003, o juiz da execução, em busca da verdade real e em virtude de seu livre convencimento motivado, pode afastar o teor do atestado de boa conduta carcerária e analisar os conteúdos do parecer da CTC e do laudo de exame criminológico para fundamentar o indeferimento da progressão de regime ou do livramento condicional” (Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho, *Exame criminológico, parecer da CTC e a nova Lei 10.792/2003*, p. 3). Em sentido contrário, no Estado de São Paulo, editou-se a Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária 115, de 4 de dezembro de 2003, explicitando no art. 1.º, parágrafo único, o seguinte: “O parecer, o laudo e o exame criminológicos são instrumentos de classificação do condenado, individualização e acompanhamento da execução de sua pena, não podendo servir para avaliar seu mérito ou comportamento (art. 6.º da LEP)”. Em primeiro lugar, deve-se salientar que o Poder Executivo limita-se a guardar os presos, proporcionando-lhes as melhores condições de vida possíveis no cárcere, conforme determina a lei – o que este Poder de Estado, ainda assim, descumpre. Cabe ao Judiciário promover a execução da pena, com a fiscalização do Ministério Público. Portanto, a edição de uma Resolução, de cunho administrativo, não pode ter efeito algum nesse cenário, exceto para liberar o Executivo da tarefa de manter cada vez mais aparelhadas as Comissões Técnicas de Classificação e outros profissionais da saúde aptos a analisar o comportamento dos presos – o que não lhe interessa, como regra, em face do alto custo. Diante disso, o referido parágrafo único do art. 1.º da Resolução SAP 115, de São Paulo, não deve servir de base para os magistrados, uma vez que é contraditória e, além de tudo, busca imiscuir-se em

assunto alheio. A contradição concentra-se em mencionar que o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico *são* instrumentos de classificação (fornecedor de subsídio para o início do cumprimento da pena), *individualização* e acompanhamento da pena, mas não podem servir de base para avaliação do mérito do condenado (!). E o que significa o mérito do sentenciado senão instrumento para a individualização executória da pena? O mérito serve para outra coisa senão para isso? Basta ler o art. 33, § 2.º, do Código Penal – “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, *segundo o mérito* do condenado...” (grifamos) – para detectar que o mérito é o fator para a progressão e esta é inequivocamente, sob qualquer prisma, individualização executória da pena. O espírito da lei penal está imantado nas palavras de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, que não deixa de ressaltar, sempre que possível, ser a individualização da pena, inclusive na fase executória, um princípio constitucional: “O mérito apura-se, em resumo, mediante: *a)* parecer da Comissão Técnica de Classificação; *b)* exame criminológico; *c)* comprovação de comportamento satisfatório, ou não, do condenado, no andar da execução; *d)* bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; *e)* verificação de condições pessoais, compatíveis ou não com o novo regime: semi-aberto ou aberto” (*Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais*, p. 153). Logo, o parecer da Comissão e o exame criminológico, quando necessários, devem continuar a ser feitos, requisitados pelo Poder Judiciário e cumpridos pelo Poder Executivo. Enfim, ainda que este Poder de Estado edite “Resoluções”, estas não podem, jamais, ferir o Código Penal e muito menos a Constituição Federal. Adotando a nossa posição, podemos mencionar: STJ: “Muito embora

a nova redação do art. 112 da Lei de Execuções Penais, dada pela Lei 10.792/2003, não exija mais o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo das Execuções, diante das peculiaridades da causa, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido. (Precedente). *Writ* denegado” (HC 40.278-PR, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 07.04.2005, v. u., DJ 20.06.2005, p. 313). TJSP: condenado a mais de 38 anos de reclusão, pela prática de vários homicídios qualificados, consumados e tentados, cometidos antes de serem considerados delitos hediondos, o sentenciado teve seu pedido deferido pelo MM. Juiz de 1.º grau, mas o Tribunal deu provimento ao agravo em execução para mantê-lo no regime fechado até que se possam apurar, devidamente, os requisitos subjetivos: “Contudo, não podemos entender que o exame criminológico tenha sido abolido para todos os casos de progressão, bastando apenas o atestado de comportamento carcerário, pois o art. 32, § 2.º, do Código Penal determina que a pena seja cumprida de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado, assim, necessário que existam elementos que indiquem o merecimento do reeducando, elementos estes que propiciem ao julgador a certeza de que o sentenciado esteja preparado para a progressão, apto para o convívio em sociedade” (Ag. 469.787.3/2-00, Araraquara, 2.ª C. Extraordinária, rel. Sérgio Ribas, 22.09.2004, v. u.). TJRS: “Em que pese a nova redação do art. 112 da LEP, ocasionada em face do advento da Lei 10.792/2003, a realização do exame pelo Conselho Penitenciário e exame criminológico ainda se faz imperiosa, uma vez que restaram inalterados os arts. 131 da Lei de Execuções Penais, bem como o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, permanecendo a exigência de que o condenado seja remetido a exame pelo Conselho Penitenciário e

exame criminológico, possibilitando-se, assim, apurar se existem as condições pessoais que façam presumir não voltar o condenado a delinquir. Precedentes jurisprudenciais” (Ag 70014549679, 2.^a C., rel. Antônio Carlos Netto Mangabeira, 27.04.2006, v. u.). Por derradeiro, vale ressaltar que, no julgamento do HC 82.959-SP, do Supremo Tribunal Federal (Plenário), que considerou inconstitucional a vedação à progressão de regime, no caso de crimes hediondos e equiparados, vários Ministros, tanto os vencedores quanto os vencidos, declararam, expressamente, que cabe ao juiz da execução criminal avaliar, no caso concreto, a viabilidade e o merecimento para a transferência a regime mais brando. Nessa ótica, em Plenário do STF, os ministros chegaram a expressar que o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação podem ser exigidos para a formação da convicção do magistrado, o que confirma a tese que ora defendemos. Conferir: STF: “A Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que condenado a cumprimento de pena em regime fechado pleiteava a progressão de regime, sob a alegação de que, com a nova redação dada pela Lei 10.792/2003 ao art. 112 da Lei de Execução Penal, seria desnecessária a realização de exame criminológico (LEP, art. 112: ‘A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão’). Sustentava-se, na espécie, o preenchimento dos requisitos objetivos, quais sejam, cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena e a existência de bom comportamento carcerário, comprovado por

declaração prestada pelo diretor do estabelecimento prisional. Entendeu-se que o aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização facultativa do exame criminológico, desde que fundamentada e quando necessária à avaliação do condenado e de seu mérito para a promoção a regime mais brando. Ressaltou-se, ainda, que esse exame pode ser contestado, nos termos do § 1.^o do próprio art. 112, o qual prevê a instauração de contraditório sumário. A partir de interpretação sistemática do ordenamento (CP, art. 33, § 2.^o, e LEP, art. 8.^o), concluiu-se que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia o *writ* por considerar não ter havido modificação substancial das exigências legais para a concessão de tal benefício” (HC 86.631-PR, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 05.09.2006, *Informativo* 439). Em contrário: STJ: “A Lei 10.792/2003, ao dar nova redação ao art. 112 da Lei de Execuções Penais, afastou a exigência do parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do condenado a exame criminológico, para a concessão da progressão do regime prisional. Assim, possuindo o julgador elementos bastantes de convicção, é suficiente para a concessão da progressão de regime que o condenado tenha cumprido 1/6 (um sexto) de sua pena e possua bom comportamento, atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. A Corte *a quo* revogou a progressão de regime concedida, sem qualquer elemento concreto que comprovasse o demérito do paciente, ao argumento de que restou não suficientemente evidenciado o requisito subjetivo apenas pelo atestado de bom comportamento, aplicando o princípio *in dubio pro societate*. Constrangimento

ilegal evidenciado. Ordem concedida” (HC 46.099-SP, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 21.12.2006, v. u., *Boletim AASP* 2.494, out. 2006).

22. Lapso temporal e falta grave: estabelece o art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) que a pena será cumprida em forma progressiva, fixando o lapso temporal de 1/6 para haver transferência a regime menos rigoroso. Entretanto, quando o condenado cometer falta grave, o que afeta seu merecimento, eliminando a sua possibilidade de imediata progressão, deve cumprir mais um sexto para novamente pleitear o benefício. Ex.: de uma pena de 12 anos, cumpriu o sentenciado 2 anos, solicitando o regime semi-aberto. Ocorre que, antes de concedido o benefício, ele fuge (falta grave). Recapturado, precisa cumprir mais um sexto no regime fechado, antes de novamente ter direito à progressão. Trata-se de decorrência lógica do sistema gradual de cumprimento da pena, pois ao cometer a falta grave demonstrou ausência de preparo para o regime mais brando, necessitando novo estágio para renovar sua possibilidade de transferência, mesmo porque há autorização legal para a regressão em caso de falta grave (art. 118, I, LEP). Ora, se pode retornar ao regime mais rigoroso, é natural que tenha a obrigação de preencher, após a falta grave, o lapso temporal de um sexto novamente. Nesse enfoque: TACRIM/SP (atual TJSP), Ag. 1.148.895-5-SP, 10.^a Câmara de Férias, rel. Ary Casagrande, 07.07.1999, v. u.

22-A. Lapso temporal e inquérito em andamento: a existência, por si só, de um inquérito policial em trâmite, para apurar eventual crime cometido pelo condenado, não pode servir de obstáculo à concessão de progressão de regime ou outro benefício qualquer, desde que ele tenha preenchido o lapso temporal e os demais requisitos do merecimento (laudos favoráveis). Nessa

linha, conferir: STF: “Paciente condenado às penas de 50 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão por diversas infrações, tendo cumprido mais de 16 anos em regime fechado. Atendimento do *requisito objetivo* para progressão do regime pelo cumprimento de 1/6 das penas (art. 112, *caput*, da LEP, Lei 7.210/84). Exame criminológico e Parecer da Comissão Técnica de Classificação favoráveis à progressão do regime prisional, restando atendidos, em parte, os *requisitos subjetivos* (art. 112, *caput*, *in fine*, e parágrafo único, da LEP [redação anterior à Lei 10.792/2003, pois atualmente há dois parágrafos em lugar do parágrafo único]). Óbice suscitado pelo Ministério Público para a concessão da progressão, por estar o paciente respondendo a inquérito como suspeito de ser o mandante da morte de colega de cárcere, acolhido pelo Juiz das Execuções Penais. O paciente não está sujeito a aguardar indefinidamente as conclusões do procedimento administrativo para obter o benefício da progressão do regime prisional, o qual, entretanto, poderá ser a qualquer momento objeto de regressão (art. 118, *caput*, LEP). A concessão do benefício não pode levar em conta o que ocorreu no passado, mas, apenas, se estão reunidos os requisitos necessários” (HC 79.497-RJ, 2.^a T., rel. Maurício Correa, 19.10.1999, m. v., *RTJ* 176/791).

23. Avaliação do juiz ao laudo criminológico ou parecer da Comissão Técnica de Classificação: conforme o princípio geral de livre convencimento do magistrado na apreciação das provas, vigente no processo penal, o laudo ou o parecer não são vinculativos, podendo o juiz rejeitá-los, aplicando a solução que entenda mais conveniente, desde que fundamente a sua decisão. Nesse sentido: TJSP: Ap. Crim. 156.087-3-SP, rel. Lustosa Goulart, 07.04.1994. Entretanto, é sempre obriga-

tória a sua realização, mormente quando se tratar de condenações advindas de crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa (precedentes do STF: HC 69.040-RJ, rel. Celso de Mello, 18.02.1993, v. u.).

24. Cessação de periculosidade como requisito para a progressão: um dos fatores que se leva em consideração para deferir a progressão do fechado para o semi-aberto é a conclusão de que o condenado já não oferece excessiva periculosidade, podendo adaptar-se ao regime mais brando. Do contrário, deve ser mantido no regime mais severo. Nesse caminho: TJSP: “Progressão para o semi-aberto – Preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos – Pareceres da Comissão Técnica de Classificação e da Diretoria da Penitenciária favoráveis – Pedido, não obstante, indeferido – Condenado com longa pena a cumprir – Ausência de exame específico de cessação da periculosidade – Exigência de lapso mais prolongado – Exegese da expressão ‘ao menos um sexto da pena’ contida no art. 112 da Lei 7.210/84 e observância do art. 33, § 2.º, alíneas *a*, *b* e *c*, do Código Penal – Agravo não provido” (Ag. 280.312-3-SP, 3.ª C., rel. Luiz Pantaleão, 27.01.2000, v. u.). Continua a ser essa a nossa posição, ou seja, para a progressão de condenados por crimes violentos é indispensável, em vários casos, a realização do exame criminológico para apurar a cessação da periculosidade, a despeito da edição da Lei 10.792/2003. Consultar, no entanto, a nota 21-A supra.

25. Critérios legais para a progressão e a execução “por saltos”: deve-se observar, rigorosamente, o disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal para promover a execução da pena, sem a criação de subterfúgios contornando a finalidade da lei, que é a da reintegração gradativa do condenado, especialmente daquele que se

encontra em regime fechado, à sociedade. Assim, é incabível a execução da pena “por saltos”, ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário (semi-aberto). Nesse sentido, ver artigo de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *RT* 583/312. Utilizando o mesmo critério está a jurisprudência majoritária. Conferir: STF: HC 76.965-MG, 1.ª T., rel. Sydney Sanches, 15.12.1998, v. u., *DJ* 14.05.1999, p. 2.

26. Nova condenação no regime fechado inviabiliza progressão para o semi-aberto: ainda que já deferida pelo juiz a transferência do sentenciado do regime fechado para o semi-aberto, advindo outra condenação, impondo regime fechado, torna-se inviável a progressão. Ver: STJ: “O advento de nova condenação a ser cumprida em regime fechado impede a transferência do paciente para o regime mais brando, ainda que anteriormente deferida” (HC 10.822-SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 07.12.1999, v. u., *DJ* 21.02.2000, p. 146).

27. Critérios para a transferência a regime mais rigoroso: há, basicamente, *duas situações* que desencadeiam essa transferência: a) *adaptação do regime*: nos termos do art. 111 da Lei de Execução Penal, “quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou a remição”. E mais: “Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”. Portanto, se o sujeito foi condenado a uma pena de 6 anos, em regime semi-aberto, por um processo, e a 4 anos, em regime aberto, por outro, é curial que o juiz da execução penal estabeleça um regi-

me único para o cumprimento de 10 anos de reclusão, que, aliás, demanda o regime fechado; b) *regressão*: nos termos do art. 118 da mesma lei, o condenado pode ser regredido a regime mais rigoroso quando “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave” ou “sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime”. No caso de cometimento de crime doloso, é preciso, num primeiro momento, *sustar* os benefícios do regime em que se encontra (se está no aberto, será transferido, cautelarmente, para o fechado), aguardando-se a condenação com trânsito em julgado. Caso seja absolvido, restabelece-se o regime sustado; se for condenado, regride-se a regime mais severo. Há posição, entendendo ser desnecessário aguardar a condenação definitiva, bastando que se faça a devida verificação administrativamente: TJSP: “Não se referindo a Lei de Execução Penal à ‘condenação’, mas à ‘prática de fato definido como crime doloso’, a aplicação da sanção disciplinar (art. 118, I, da LEP) independe de que o fato punível esteja sendo objeto de inquérito policial ou ação penal, devendo apenas serem obedecidas a lei e as normas regulamentares referentes ao procedimento disciplinar” (HC 278.692-3-Franco da Rocha, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 30.03.1999, v. u.). Quando se tratar de falta grave, há sindicância interna no presídio onde se encontra, de modo que a ampla defesa foi assegurada, valendo, para a regressão, a conclusão da comissão processante.

28. Sustação cautelar de regime semi-aberto ou aberto: trata-se de uma providência correta e fruto do poder geral de cautela do juiz. Melhor que promover a regressão sem uma devida apuração do ocorrido (cometimento de crime doloso ou descumprimento de condições, por exem-

plo), mas também assegurando-se disciplina no cumprimento da pena e proteção à sociedade, pois se trata de um condenado acusado de ter cometido outro delito no curso da execução da pena, é fundamental que o magistrado utilize seu poder de cautela, sustentando o regime até solução definitiva para a imputação. Nesse sentido: TJSP: HC 424.754-3/3-Campinas, 5.^a C. Férias de Julho de 2003, rel. Gomes de Amorim, 16.07.2003, v. u., *JUBI* 88/03; TACRIM/SP [atual TJSP], Ag. 1.153.983/5-SP, 15.^a C., rel. Carlos Biasotti, 16.09.1999, v. u. *Em contrário*: STF: “No campo do processo penal, descabe cogitar, em detrimento da liberdade, do poder de cautela geral do órgão judicante. As medidas preventivas hão de estar previstas de forma explícita em preceito legal” (HC 75.662-0-SP, 2.^a T., rel. Marco Aurélio, 17.04.1998, v. u.).

29. Registro da falta grave no prontuário do condenado: para considerar e registrar no prontuário do sentenciado uma falta grave é indispensável haver sindicância administrativa, assegurada ampla defesa. Quanto aos critérios para apurar se houve ampla defesa, há *duas correntes*: a) *é preciso garantir defesa técnica* ao sentenciado, inclusive com a possibilidade de produção de provas: TJSP: “Procedimento para apuração de falta grave, que é modalidade de processo administrativo, coberto pela cláusula constitucional da ampla defesa e do contraditório”. É preciso haver “presença efetiva do patrono do investigado durante a instrução, para que possa produzir prova, contrapor-se, reinquirir testemunha, praticar, enfim, todos os atos inerentes à ampla defesa” (Ag. 271.800-3-SP, 3.^a C., rel. Walter Guilherme, 20.04.1999, v. u., *JUBI* 34/99); b) *basta assegurar ao condenado que se defenda*, com a possibilidade de ser ouvido, dando suas explicações e propondo meios de prova, não sendo necessária a defesa técnica: TJSP: “Ora, o direito de defesa, em

procedimentos administrativos, deve ser condensado, justamente porque a apuração da falta disciplinar 'deve ser urgente e rápida, sob pena de a punição perder a sua eficácia. Isso não aconteceria se fossem conferidas ao procedimento disciplinar formalidades rígidas e demoradas'" (Ag. 248.250-3/0-SP, 4.^a C., rel. Hélio de Freitas, 18.08.1998, v. u.), acrescentando-se a esse julgado a posição de Mirabete, para quem a inexistência de defesa técnica não chega ao ponto de acarretar a nulidade do procedimento disciplinar (*Execução penal*, p. 167). É a posição que adotamos. A execução penal tem caráter jurisdicional, portanto está sob constante controle do juiz, que conduz o processo de execução garantindo ao condenado a ampla defesa e o contraditório. Não se pode exigir que num presídio, mormente os de grandes proporções, conduza-se uma sindicância para apurar falta grave como se processo fosse, pois seria infundável, complexa e ineficiente, o que é incompatível com sua finalidade. Ouvindo-se o sentenciado e propiciando-lhe oportunidade de se explicar é suficiente, nos termos do art. 59 da LEP ("Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o *direito de defesa*. Parágrafo único. A decisão será motivada" – grifamos) embora nada impeça que, na avaliação da sindicância, a defesa técnica, presente no processo de execução, requeira diligências complementares e esclarecimentos de modo a afastar eventual consideração da falta grave para efeito de progressão da pena. Assim, o contraditório e a ampla defesa ficam assegurados através da execução penal, sem qualquer prejuízo para o condenado, nem tampouco para a celeridade que os atos administrativos exigem.

29-A. Relação entre falta grave e crime: pode ocorrer de uma falta grave

cometida pelo condenado ser igualmente figura típica de crime, o que ocasionaria dupla investigação e processo. Exemplo: se o condenado foge, valendo-se de violência contra o carcereiro, responderá pelo delito previsto no art. 352 do Código Penal (haverá a instauração de inquérito e, depois, processo), bem como sofrerá processo administrativo para inscrição de falta grave em seu prontuário. Entretanto, se, por qualquer motivo, for absolvido no processo-crime, já não se pode mais anotar no prontuário a falta grave. Ainda que se possa dizer serem distintas as esferas penal e administrativa, não se aplica essa regra neste contexto. A única razão de existência da falta grave é justamente a sua exata correspondência com figura típica incriminadora. Ora, afastada esta, não pode subsistir aquela, menos importante. Nesse sentido: TJSP: "Tendo em vista os efeitos de natureza penal que decorrem da prática, por sentenciado, de falta disciplinar de natureza grave, deve a sindicância instaurada ser arquivada, no caso de ocorrência de absolvição em processo-crime sobre o mesmo fato, em face da impossibilidade de a solução administrativa sobrepor-se à sentença criminal, de maior força e abrangência" (Ag. 336.337-3/4-Bauru, 1.^a C., rel. Jarbas Mazzoni, 17.03.2003, v. u., *JUBI* 84/03).

29-B. Falta grave e previsão legal: o rol previsto no art. 50 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) é exaustivo. Não é viável a criação, por meio de Resolução, Portaria ou Decreto, de outras espécies, sob pena de ofensa à legalidade, até por que o registro de falta grave no prontuário do condenado pode inviabilizar a progressão de regime, o reconhecimento da remição, o indulto e outros benefícios. Nesse sentido: TJSP: "As faltas leves e médias poderão ser especificadas pela legislação local, a elas se aplica a exigência de anterior regula-

mento administrativo, já quanto à criação de hipótese de cometimento de falta grave, imprescindível seja precedida de lei, e não de mera resolução, como ocorre no caso em apreço, mormente em razão dos graves reflexos que surtirá na expiação da pena corporal” (HC 476.596-3/7, 1.^a C., rel. Péricles Piza, 13.06.2005, v. u., *JUBI* 109/05). Em contrário: TJSP: “Posse de telefone celular em poder de detento – Falta grave reconhecida, gerando a perda dos dias remidos – Legalidade – O art. 50, inciso VI da Lei de Execuções Penais é norma penal em branco a permitir seja nele enquadrada a proibição constante na Resolução 113 – SAP, de 25 de novembro de 2003, cuja inconstitucionalidade não foi reconhecida (...) – Ordem de *habeas corpus* denegada” (HC 495.912-3/0, 5.^a C., rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan, 09.06.2005, v. u., *JUBI* 109/05). Permitimo-nos discordar desta última posição, pois o art. 50, VI, da LEP, preceitua ser falta grave “inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei”. Ao checar o conteúdo dos incisos, temos que são deveres dos presos: “II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”; “V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”. Ora, o preso que não obedece ao servidor, desrespeita pessoa com quem deva relacionar-se ou deixa de cumprir ordens recebidas comete falta grave, desde que essas ordens sejam legais, isto é, dentro das regras estabelecidas para o regime prisional em que se encontrar. É preciso cautela ao aceitar qualquer ordem, como critério para verificar o cometimento de falta grave, se ela for desrespeitada, pois isso faria crescer, imensamente, o poder das autoridades administrativas dos estabelecimentos prisionais, em detrimento do controle eficiente a ser feito pelo juiz da execução penal. Da mesma forma que uma Resolução pode proibir a posse de celular

na cela, poderia incluir, a seu talante, a posse e o uso de livros, de objetos pessoais e de outros utensílios quaisquer, ainda que não ofereçam perigo algum, não dando margem ao controle jurisdicional sobre essa questão. Segundo nos parece, a edição da Lei 11.466/2007 confirmou a nossa posição. Foi preciso alteração legislativa para a *posse de celular* (e outros aparelhos) se transformar em falta grave. Diga-se mais: a valer somente a partir do dia 29 de março de 2007, data em que a referida lei foi publicada no Diário Oficial e entrou em vigor. Lembremos que não se trata de mera norma de disciplina penitenciária, pois reflete, diretamente, no cenário do comportamento do preso. Assim ocorrendo, considerado de *mau comportamento*, perderá dias remidos, poderá ter a progressão de regime obstada, dentre outros prejuízos. Logo, é norma de fundo penal, sendo vedada a retroatividade para prejudicar o sentenciado (art. 5.^o, XL, CF). *In verbis*: Art. 50, VII, da Lei de Execução Penal: “Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: (...) “tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”. Na jurisprudência recente: STJ: “A posse de aparelho celular dentro do presídio deu-se em 15.08.2005, antes da entrada em vigor da Lei 11.466/2007, que alterou a Lei 7.210/1984, passando a prever como falta disciplinar grave do preso a utilização de telefone celular nas dependências do presídio. Assim, a lei não poderia retroagir para prejudicar o réu. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem para que seja retirada da folha de antecedentes e roteiro de penas da paciente a anotação de falta grave por posse de aparelho celular. Precedentes citados: HC 98.885-SP, DJ 23.06.2008, e HC 45.278-SP, DJ 15.05.2006.” (HC 105.158-SP, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 16.10.2008).

30. Imprescindibilidade do regime fechado: optou o legislador por criar uma presunção absoluta de incompatibilidade de cumprimento de pena superior a 8 anos em regime mais brando, impondo o fechado. Nem sempre, no entanto, o condenado a pena superior a referido patamar é mais perigoso que outro, apenado em montantes inferiores. A despeito disso, deve-se cumprir o disposto neste artigo.

30-A. Regime inicial fechado e crime hediondo ou equiparado: a Lei 11.464/2007, modificando o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, deixou claro o seguinte: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida *inicialmente* em regime fechado” (grifamos). Coloca-se um fim à discussão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da imposição de regime fechado *integral* aos condenados por delitos hediondos e equiparados, na doutrina e nos tribunais. A citada norma, por ser benéfica, retrocede e deve ser aplicada a todos os sentenciados, que passam a ter o direito de progredir do fechado ao semi-aberto, e deste, ao aberto. Nunca é demais lembrar que somente essa parte da Lei 11.464/2007 é retroativa. A outra, prejudicial ao réu, estabelecendo prazos mais extensos para a progressão (2/5 para os primários; 3/5 para os reincidentes, como consta, atualmente, do art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90), somente é aplicável aos delitos hediondos e equiparados *cometidos* a partir de 29 de março de 2007, data em que entrou em vigor a nova disposição.

30-B. Reincidência e regime fechado: a regra estabelecida pelo Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena (ver alíneas *b* e *c* do § 2.º deste artigo). E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não poder o réu

reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado. Entretanto, há corrente em sentido contrário: STJ: “O disposto no art. 33, § 2.º, alíneas *a* e *c* do Código Penal impõe o regime inicial fechado ao réu reincidente. Há, porém, que se atender às particularidades do caso, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. É fundamental observar os requisitos objetivos e subjetivos, mesmo quando tratar-se da reincidência. Não há porque dar ao réu que não demonstra possuir grau de culpa intensa, cuja personalidade e conduta não revelam traços de periculosidade ou de temerabilidade social, o mesmo tratamento dado a quem é participante de criminalidade de alta periculosidade. No caso dos autos, o elemento subjetivo impede a concessão do requerido no Especial” (REsp 187.881-SP, rel. Cernicchiaro, 6.ª T., 20.04.1999, v. u., DJ 21.06.1999, p. 208). Atualmente, está em vigor a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. Essa posição harmoniza-se com o entendimento de que penas curtas, quando cumpridas em regime fechado, somente deterioram ainda mais o caráter e a personalidade do sentenciado, produzindo mais efeitos negativos do que positivos. Por isso, o entendimento do STJ permite que o magistrado, no caso concreto, emita juízo de valor acerca das condições pessoais do réu, valendo-se das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, para inseri-lo, a despeito de reincidente, no regime semi-aberto, mais condizente com penas não superiores a quatro anos.

31. Utilização do art. 59 do Código Penal para fixação do regime de cumprimento da pena: nota-se que o emprego do disposto no art. 59 é múltiplo, valendo para

vários momentos diferentes da individualização da pena. Assim, as circunstâncias previstas no art. 59 – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima – são utilizadas desde o momento de escolha do montante da pena privativa de liberdade, passando pela eleição do regime, até culminar na possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa e outros benefícios. No sentido de dever o juiz valer-se não somente da gravidade do crime, mas também das circunstâncias pessoais do agente para fixar o regime: STJ: HC 10.299-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 03.02.2000, v. u., DJ 21.02.2000, p. 144; HC 9.621-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 04.11.1999, m. v., DJ 06.12.1999, p. 127.

31-A. Exigência da reparação do dano ou devolução do produto do ilícito para a progressão de regime: introduziu a Lei 10.763, de 12 de novembro de 2003, mais um empecilho à progressão de regime, demandando que o condenado por crime contra a Administração pública, ainda que possua merecimento, seja obrigado a reparar previamente o dano causado ou devolver o produto do ilícito. Tal reclamo é, em nosso entender, inconstitucional e, além de tudo, de pouca utilidade. Primeiramente, deve-se ressaltar que a pena tem a finalidade tríplice de configurar uma resposta ao crime perpetrado (castigo), ser uma prevenção a novas infrações (seja na ótica positiva geral – reafirmação dos valores e da eficiência do sistema penal –, seja na visão negativa geral – servir de alerta à sociedade), bem como valer como fator de reeducação e ressocialização (prevenção positiva especial), este último, aliás, constante da Declaração Americana dos Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil e em pleno vigor, além do art. 1.^o da Lei

de Execução Penal. Logo, não há, como função ou finalidade da pena, a meta de reparação do dano à vítima, seja ela quem for. Portanto, o condenado que esteja em regime fechado, dando mostras de plena recuperação, cumprido o período mínimo de um sexto, sem o cometimento de falta grave, nem tampouco possuindo laudos ou pareceres desfavoráveis dos componentes da Comissão Técnica de Classificação (sobre a manutenção desta Comissão para esse fim, consultar a nota 21-A ao art. 33), tem o direito inafastável de progredir. A individualização, preceito constitucional (art. 5.^o, XLVI, primeira parte), desenvolve-se em três fases, como já abordado (legislativa, judiciária e executória), razão pela qual o mais importante é verificar se o sentenciado mostra sinais de recuperação; assim sendo, quando viável sua ressocialização, a passagem para regime mais brando é direito indiscutível. É bem verdade que há exigência semelhante, por exemplo, no campo do livramento condicional (“tenha reparado, *salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo*, o dano causado pela infração” – art. 83, IV, CP, grifamos), mas não se deve olvidar que o livramento condicional não é regime de cumprimento de pena, embora esteja inserido no universo das medidas de política criminal para permitir a redução do tempo de prisão, propiciando a concessão antecipada da liberdade. Por outro lado, no caso mencionado, pelo menos deixou claro o legislador a hipótese de não ser possível ao condenado efetuar a reparação do dano. Ora, tal previsão não se fez neste novo parágrafo do art. 33, o que demonstraria um desnível entre o sentenciado por crime contra a administração e os demais. Um estelionatário, v.g., não tendo condições financeiras, deixa de indenizar a vítima e consegue o livramento condicional. No campo da progressão, então, nem mesmo precisa demonstrar que podia ou não repa-

rar o dano. Um condenado por corrupção, no entanto, haveria de reparar o prejuízo de qualquer modo, do contrário não receberia benefício algum, ao menos no contexto da progressão. Tal medida é discriminatória e fere não somente a finalidade da pena, prejudicando a individualização, como também lesa o princípio geral da igualdade de todos perante a lei. O que possui de especial o autor de crime contra a administração? Seria ele mais ou menos perigoso à sociedade do que os demais? O autor de um roubo recebe pena muito mais elevada e nem por isso precisa demonstrar ter reparado o dano para a progressão. Logo, segundo cremos, a medida é inconstitucional e, em grande parte, inócua. É inútil porque a grande maioria dos condenados por delitos contra a administração tem a possibilidade de receber *sursis* ou pena alternativa (confira-se o montante das penas mínimas dos crimes contra a administração pública e associe-se à política de aplicação da pena mínima por grande parte da magistratura nacional), logo, a eles é indiferente a progressão. Digase mais: é rara a hipótese de um condenado por crime contra a Administração pública receber pena superior a quatro anos (o que poderia impedir o regime aberto), evidenciando a inutilidade da progressão. Em suma, não se podem discriminar vítimas (quando for a administração, exige-se a prévia reparação do dano para a concessão de progressão de regime; quando se tratar do particular, tal demanda inexistente), não se deve atentar contra a finalidade precípua da pena, que é a reeducação e ressocialização, algo que não tem relação necessariamente com a reparação do dano; não se podem discriminar réus e condenados por sua capacidade econômica, uma vez que muitos autores de crimes contra a administração podem não ter condições de arcar com a reparação e somente os mais ricos beneficiar-se-iam da progressão de regime; não

se pode aceitar que uma regra restritiva de direito seja criada para ter ínfima aplicação, já que a grande maioria dos condenados por crimes contra a administração tem pena inferior a quatro anos, logo, goza de muitos outros benefícios e está distante da necessidade da progressão de regime. Resta a impressão de que a inserção do § 4.º ao art. 33 teve endereço certo: os mais conhecidos autores de crimes contra a administração pública, que são condenados por vários delitos, possuem penas elevadas a cumprir, estão no regime fechado e a inoperância do sistema estatal de repressão ao crime nem mesmo sabe em que lugar teriam guardado os valores desviados dos cofres públicos. Mas, ainda assim, muitos escapam dessa previsão, uma vez que a lei penal não retroagirá para prejudicar o réu (art. 5.º, XL, CF). Enfim, o mais indicado a fazer seria desenvolver um conjunto de medidas eficientes para a busca e recuperação do montante auferido pelos autores de crimes contra a administração pública, valendo-se das medidas assecuratórias do processo penal, levando-se, se preciso for, o caso à esfera cível, mas não invadir, indevidamente, o campo da individualização executória da pena.

Regras do regime fechado^{32-32-B}

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação³³ para individualização da execução.

§ 1.º O condenado fica sujeito a trabalho³⁴ no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2.º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.³⁵

§ 3.º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.³⁶⁻³⁷

32. Local de cumprimento da pena no regime fechado: é a penitenciária, alojando-se o condenado em cela individual, contendo dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com salubridade e área mínima de seis metros quadrados (arts. 87 e 88, LEP). Segundo a lei, não se cumpre pena em cadeia pública, destinada a recolher unicamente os presos provisórios (art. 102, LEP). Lamentavelmente, por falta de vagas, há muitos sentenciados cumprindo pena, sem qualquer condição de salubridade e distante dos objetivos da individualização da execução, nas cadeias e distritos.

32-A. Regime disciplinar diferenciado: introduzido pela Lei 10.792/2003, o regime disciplinar diferenciado é, em síntese, caracterizado pelo seguinte: *a)* duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; *b)* recolhimento em cela individual; *c)* visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; *d)* direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias (art. 52, incisos I a IV, da Lei 7.210/84). A esse regime serão encaminhados os presos que praticarem *fato previsto como crime doloso* (note-se bem: *fato* previsto como crime e não *crime*, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige), considerado *falta grave*, desde que ocasione a subversão da ordem ou disciplina interna, *sem prejuízo da sanção penal cabível*. O regime é válido para condenados ou presos provisórios. Podem ser incluídos no mesmo regime os presos,

nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1.º), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) estiverem envolvidos ou participarem – com fundadas suspeitas –, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2.º). Enfim, três são as hipóteses para a inclusão no RDD: *a)* quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; *b)* quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; *c)* quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita. O regime disciplinar diferenciado somente poderá ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa (por exemplo, o Secretário da Administração Penitenciária, quando houver), ouvido previamente o membro do Ministério Público e a defesa (art. 54 e parágrafos). Embora o juiz tenha o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, a autoridade administrativa, em caso de urgência, pode isolar o preso preventivamente, por até dez dias, aguardando a decisão judicial (art. 60). Os prazos, no entanto, deveriam coincidir, ou seja, se o juiz tem até 15 dias para deliberar sobre o regime disciplinar diferenciado, o ideal seria que a autoridade administrativa tivesse igualmente 15 dias para isolar o preso, quando fosse necessário. Nada impede, aliás, tudo recomenda, no entanto, que o juiz, alertado de que o preso já foi isolado, decida em dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal. O tempo de isola-

mento provisório será computado no período total de regime disciplinar diferenciado, como uma autêntica detração. Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso no RDD, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente. A Lei 10.792/2003 prevê, ainda, a utilização de detectores de metais, nos estabelecimentos penais, aos quais devem submeter-se “todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública” (art. 3.º). A segurança nos presídios, portanto, torna-se expressamente mais severa, devendo todos, de modo igualitário, às suas normas se sujeitar (magistrados, promotores, advogados, delegados, Secretários de Estado, Governadores etc.). O art. 4.º da mencionada Lei dispõe que os estabelecimentos penais, especialmente os que possuírem o regime disciplinar diferenciado, deverão possuir equipamento bloqueador de telecomunicação para celulares, rádio-transmissores e outros meios. Espera-se que haja a devida e suficiente destinação de verba pelo Poder Executivo para tanto, a fim de que a norma não seja considerada ineficaz. Novamente, estipula-se a missão da União Federal para a construção de presídios em local distante da condenação para recolher os condenados, no interesse da segurança pública ou do próprio sentenciado (art. 86, § 1.º, LEP). Fica claro que cabe ao juiz da execução

penal definir o estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena ou para abrigar o preso provisório (art. 86, § 3.º, LEP). No segundo semestre de 2006, finalmente, a União cumpriu o fixado em lei e assumiu a sua parte na responsabilidade de guardar presos considerados perigosos à segurança pública, construindo o primeiro presídio federal situado no Município de Catanduvas, no Estado do Paraná.

32-B. Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado: tivemos a oportunidade de desenvolver esse tema, em nossa obra *Leis penais e processuais penais comentadas* (nota 124 ao art. 52 da Lei 7.210/84). Nosso entendimento se baseia na constitucionalidade do novo regime, pois não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinqüente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade *dentro* do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Dado o fato, não se pode voltar as costas à realidade. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um *mal necessário*, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, fechando os

olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil, é, com a devida vênia, uma imensa contradição. Pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Há presídios brasileiros, onde não existe o RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar, *um erro não justifica outro*, mas é fundamental lembrar que o *erro essencial* provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vínhamos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei – e não o possui no plano real –, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, cremos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, na prática, os regimes fecha-

do, semi-aberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem meras quimeras. Nesse sentido: STJ: “Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o regime disciplinar diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5.º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, *per se*, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade

da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como quer fazer crer o impetrante, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime instituído pela Lei 10.792/2003 visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33 do CP). Pelo mesmo fundamento, a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, 'estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório'. Registre-se, por oportuno, que esta não é a situação do ora paciente, que se encontra encarcerado em virtude de condenação à pena de 51 (cinquenta e um) anos de reclusão" (HC 40.300-RJ, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 07.06.2005, v. u., DJU 22.08.2005, RT 843/548). Em contrário, pela inconstitucionalidade do RDD: TJSP: "Independentemente de se tratar de uma política criminológica voltada apenas para o castigo, e que abandona os conceitos de ressocialização ou correção do detento, para adotar 'medidas estigmatizantes e inculcadoras' próprias do 'Direito Penal do Inimigo', o referido 'regime disciplinar diferenciado' ofende inúmeros preceitos constitucionais. Trata-se de uma determinação desumana e degradante (art. 5.º, III, da CF), cruel (art. 5.º, XLVII, da CF), o que faz ofender a dignidade humana (art. 1.º, III, da CF). Por fim, note-se que o Estado Democrático é aquele que procura um equilíbrio entre

a segurança e a liberdade individual, de maneira a privilegiar, neste balanceamento de interesses, os valores fundamentais de liberdade do homem. O desequilíbrio em favor do excesso de segurança com a consequente limitação excessiva da liberdade das pessoas implica, assim, em ofensa ao Estado Democrático. (...) Assim, por toda a inconstitucionalidade inerente ao RDD, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade da medida adotada contra a paciente, e a concessão do *writ*, a fim de que a reeducanda seja imediatamente removida do 'regime disciplinar diferenciado' a que foi transferida" (HC 893.915-3/5, São Paulo, 1.ª C., rel. Marco Nahum, 09.05.2006, v. u.).

33. Exame criminológico de classificação: é o exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação logo no início do cumprimento da pena, nos regimes fechado e semi-aberto, para elaborar um perfil do sentenciado, assegurando um programa individualizador para a execução (arts. 6.º, 7.º e 8.º, LEP).

34. O trabalho durante a execução da pena: o condenado à pena privativa de liberdade é obrigado a trabalhar, conforme suas "aptidões e capacidade" (arts. 31 e 39, V, LEP). Não o fazendo, apesar de ter condições pessoais a tanto, constitui falta grave (art. 50, VI, LEP), o que o impedirá de conseguir benefícios, como a progressão ou o livramento condicional. Não é obrigatório, no entanto, para o preso político (art. 200, LEP), nem para o preso provisório (art. 31, parágrafo único, LEP). É facultativo para os condenados por contravenção penal sujeitos a prisão simples, não excedente de quinze dias (art. 6.º, § 2.º, Lei das Contravenções Penais).

35. Complemento do art. 32 da Lei de Execução Penal: "Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação,

a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. § 1.º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo. § 2.º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade. § 3.º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado”.

36. Trabalho externo do condenado: somente é admissível no regime fechado, em serviço ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, em regra; eventualmente, pode ser feito em entidades privadas, desde que sob vigilância. Esse trabalho será remunerado e, quando for realizado em entidades privadas, depende do consentimento expresso do preso. Para ser autorizada essa modalidade de trabalho, torna-se indispensável o cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena (arts. 36 e 37, LEP).

36-A. Trabalho externo e crime hediondo (ou assemelhado): viabilidade. Quem cumpre pena em razão de condenação por delito hediondo está inserido no regime fechado, devendo respeitar todas as regras a ele condizentes. Logo, é perfeitamente possível o trabalho externo, desde que realizado sob a devida vigilância. Nessa ótica: STJ: HC 35.004-DF, 6.ª T., rel. Paulo Medina, 24.02.2005, v. u., *Bol. AASP* 2.438).

37. Permissão de saída: podem os condenados em regime fechado ou semi-aberto ou os presos provisórios receber permissão para sair do estabelecimento prisional, devidamente escoltados, quando houver falecimento ou doença grave de cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão ou necessidade de tratamento médico (art. 120, LEP). Vale registrar o fato inusitado, ocorrido no dia 14

de outubro de 2006, na Penitenciária José Parada Neto, em Guarulhos, Estado de São Paulo, quando a mulher de um preso considerado perigoso faleceu. Ele não pôde ir ao velório, pois os responsáveis pela escolta ficaram com medo de ocorrer um eventual resgate. Diante disso, o caixão foi levado para ser velado na prisão, com autorização da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários da Capital e Grande São Paulo (*Jornal da Tarde*, 20.10.2006, p. 7A).

Regras do regime semi-aberto^{38-38-A}

Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.³⁹

§ 1.º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2.º O trabalho externo é admissível,⁴⁰ bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.⁴¹

38. Local destinado ao cumprimento da pena no regime semi-aberto: é a colônia agrícola, industrial ou similar, podendo o condenado ser alojado em compartimento coletivo, com salubridade, além de ser feita uma seleção adequada dos presos e observado o limite de capacidade, conforme a individualização da pena (arts. 91 e 92, LEP).

38-A. Falta de vagas suficientes no regime semi-aberto: consultar a nota 13 ao art. 33.

39. Exame criminológico de classificação no regime semi-aberto: segundo o Código Penal, esse exame é obrigatório, embora no art. 8.º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal preceitue ser facultati-

vo. O mais indicado, no entanto, é seguir o estipulado no Código Penal, tendo em vista que a realização do exame é benéfica ao condenado.

40. Saídas temporárias e trabalho externo: segundo a lei, o trabalho externo é admissível, embora nos mesmos termos do previsto para o regime fechado, ou seja, sob vigilância. As saídas temporárias, sem fiscalização direta, somente poderão ser feitas para frequência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução (art. 122, II, LEP). Podem se dar, ainda, para visitas à família ou para participação em atividades concorrentes para o retorno ao convívio social. A autorização depende, entretanto, de comportamento adequado do sentenciado, cumprimento mínimo de um sexto da pena (se primário) ou de um quarto (se reincidente) e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena (art. 123, LEP). Vide, ainda, a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”. Temos acompanhado, no entanto, o aumento considerável de casos de autorizações de saída para trabalho externo, sem qualquer vigilância, que vêm sendo concedidas por inúmeros magistrados no Estado de São Paulo. A despeito de medida contrária ao texto da Lei de Execução Penal, torna-se, em determinadas situações, a única saída que o juiz encontra para controlar rebeliões, fugas e revoltas. Tendo em vista que o regime aberto está falido, pois não existem Casas do Albergado, bem como o semi-aberto encontra-se com nítida deficiência de vagas, o trabalho externo termina sendo a forma encontrada pelo magistrado para reintegrar o preso à vida em comunidade, para, depois, conceder-lhe o regime de prisão albergue

domiciliar (PAD), retornando-o, de vez, à liberdade. Melhor seria, de fato, a extinção do regime aberto e a criação de dois estágios no semi-aberto: um que mantivesse o condenado sem possibilidade de saídas e outro que passasse a permitir suas saídas externas, até mesmo para trabalhar. É a solução que parece ter sido encontrada pelos juristas que analisaram, recentemente, as modificações necessárias no cumprimento da pena.

41. Regime semi-aberto e estrangeiro: é posição majoritária ser incompatível a situação do estrangeiro condenado no Brasil, desde que sofra processo de expulsão, com o regime semi-aberto, de segurança média para mínima, devendo cumprir toda a sua pena no regime fechado para, depois, ser mandado embora. Ver Mirabete, *Execução penal*, p. 265. Em contrário, admitindo a progressão: STJ: RSTJ 14/231; TJSP, RT 657/281.

Regras do regime aberto⁴²⁻⁴³

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1.º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2.º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.⁴⁴

42. Local para cumprimento da pena no regime aberto: deve ser cumprida na Casa do Albergado, um prédio situado em centro urbano, sem obstáculos físicos para evitar fuga, com aposentos para os presos e local adequado para cursos e palestras

(arts. 93 a 95, LEP). Tendo em vista a inexistência de Casas do Albergado, consolidou-se a utilização do regime de *prisão albergue domiciliar* (PAD), originalmente destinada a condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos de doença grave, sentenciadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e condenada gestante (art. 117, LEP). Nesse prisma: STF: *RT*665/363, 674/354; STJ: *RT*667/345; TJSP: *RT*631/297, 669/304. Entretanto, não configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão, constando expressamente que o regime é aberto, após o trânsito em julgado da sentença condenatória (ressalvada a hipótese descrita na nota 43 abaixo). Nesse sentido: STJ: “Não se acolhe alegação de constrangimento ilegal em virtude da expedição de mandado de prisão contra condenado a regime aberto, pois a guia de recolhimento é condição essencial para que se dê início à execução da pena. Precedente desta Turma. Cumprido o mandado e expedida a competente guia, o defensor poderá pedir a prisão albergue domiciliar – a qual não se confunde com o regime aberto de cumprimento de pena” (RHC 8.835-SP, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 23.11.1999, v. u., *DJ* 14.02.2000, p. 46).

42-A. Regime aberto e crime militar: não se aplicam as regras previstas na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) aos condenados por crime militar, cuja pena será cumprida no estabelecimento militar adequado. Afinal, a esfera penal militar é especial, contando, pois, com regras igualmente específicas, no universo da disciplina e da hierarquia diferenciadas. Nesse sentido: STF: HC 85.054-SP, 1.^a T., rel. Joaquim Barbosa, 20.09.2005, *Informativo* 402.

43. Fixação do regime aberto diretamente na modalidade prisão-albergue domiciliar: possibilidade. Se o juiz sabe, per-

feitamente, que na sua comarca não há Casa do Albergado, deve estabelecer, na própria sentença condenatória, o regime albergue domiciliar, evitando-se que o sentenciado seja preso e indevidamente colocado no regime fechado, até que o juiz da execução penal decida o óbvio, que é a concessão do albergue domiciliar, diante da jurisprudência consagrada em todo o País. Nessa visão, sustentando caber *habeas corpus* para que o condenado se apresente livre na audiência admonitória do regime aberto: TACRIM/SP (atual TJSP): HC 352.686/1-SP, 6.^a C., rel. Nicolino Del Sasso, 01.12.1999, v. u.

44. Hipóteses de regressão do regime aberto a regime mais rigoroso: há *quatro situações*: a) prática de fato definido como crime doloso. Nesse caso, o melhor a fazer é *sustar* cautelarmente o regime aberto, determinando a colocação do sentenciado em regime fechado ou semi-aberto, conforme o caso, aguardando o término do processo instaurado. Se for condenado, consolida-se a regressão; sendo absolvido, o regime será retomado, respeitada a detração. Porém, há posição mais rigorosa: STF: “I – A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime. II – A prática de “fato definido como crime doloso”, para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva. III – A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena. IV – A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana. V – Incidência do teor da Súmula Vinculante 9 do Supremo Tribunal Federal

quanto à perda dos dias remidos. VI – Ordem denegada” (HC 93.782-RS, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 16.09.2008, m. v.); b) frustração dos fins da execução. Trata-se da hipótese de prática de falta grave, deixando de trabalhar ou até ausentando-se da Casa do Albergado durante o repouso noturno; c) não pagamento da multa cumulativamente aplicada, podendo fazê-lo. Se o condenado encontra-se no regime aberto, trabalhando, intimado a pagar a multa, deixa de efetuar o recolhimento, está obrigando o Estado a promover a execução forçada, o que é incompatível com o senso de “responsabilidade e disciplina” exigido pelo regime; d) condenação por crime anteriormente praticado, mas que torne a soma das penas incompatível com o regime (ex.: cumprindo três anos de reclusão em prisão albergue domiciliar, o condenado recebe nova pena de seis anos. Não poderá permanecer no regime aberto, devendo ser transferido). Lembremos que a regressão pode dar-se do regime aberto a qualquer dos regimes mais severos (semi-aberto ou fechado), dependendo das circunstâncias. Afinal, seria inconcebível que alguém, inserido no aberto, cometesse, por exemplo, um latrocínio e não fosse transferido para o fechado. Entretanto, há posição em sentido contrário, sustentando que, em caso de regressão, não pode ela ir além do regime estabelecido na sentença condenatória (ex.: se o juiz fixou o semi-aberto, passando o condenado, depois, para o aberto, caso haja regressão, ele teria de retornar para o semi-aberto, mas não poderia ir para o fechado): TJM: AgExec 000209/02-SP, 2.^a C., rel. Lourival Costa Ramos, 21.03.2002, v. u., *Bol. AASP* 2388.

Regime especial

Art. 37. As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio,⁴⁵ observando-se os

deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

45. Referências específicas: ver também os arts. 82, § 1.^o (“A mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”), e 89 (“Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa”) da Lei de Execução Penal.

Direitos do preso

Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade,⁴⁶⁻⁴⁷ impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.^{48-49-A}

46. Direito à visita íntima: trata-se de polêmica não resolvida, infelizmente, pela Lei de Execução Penal (inexiste dentre os direitos assegurados pelo art. 41 da Lei 7.210/84), de modo que não se pode considerar um *direito* absoluto do preso. Observa-se, entretanto, que, atualmente, é uma prática comum nos grandes presídios, autorizada pela direção, como forma de acalmar a população carcerária, evitar a violência sexual no seu interior e fomentar os laços familiares do preso com suas companheiras ou esposas. Tornou-se um *costume*. Assim sendo, embora não expresso em lei, é imperioso que o Estado, por intermédio da direção do presídio, respeite, ao menos, o direito à igualdade dos condenados. Não se pode utilizar a visita íntima como *moeda de troca*. Se for concedido a determinados presos, por uma questão de lógica, deve ser estendido a outros, igualmente. A arbitrariedade e a excessiva discricionariedade

dos órgãos diretivos dos estabelecimentos penitenciários, nesse campo, devem ser evitadas. Outras considerações podem ser encontradas na nota 84 ao art. 41 em nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*. Acresça-se, ainda, que, a partir da edição do Decreto Federal 6.049/2007, cuidando do funcionamento dos presídios federais, previu-se como existente o *direito* à visita íntima, a despeito de ser matéria de cunho legal, relativa à execução da pena, logo, inviável de ser regulada por decreto. Sobre o tema: TJSP: “A concessão de visita íntima sujeita-se aos critérios da discricionariedade, da conveniência e da oportunidade, favorecendo apenas àqueles sentenciados que possuam cônjuge ou companheira e que estejam em condições de saúde para usufruí-la. (...) A não autorização judicial a que presos adêuticos mantenham contato íntimo não é fruto de discriminação e de desrespeito ao princípio da isonomia. Também não é exemplo de arbitrariedade estatal, mas, ao contrário, exsurge como resultado do seu dever de preservar a vida e a saúde pública, bens estes que, à evidência, sobrepujam-se a quaisquer outros, individuais ou coletivos” (Ag. 266.255-3, em apenso ao MS 263.321-3-SP, 1.^a C., rel. Jarbas Mazzoni, 22.02.1999, v. u.). Idem: TJSP: HC 406.028-3/9-SP, 3.^a C. Extraordinária, rel. Leme de Campos, 27.02.2003, v. u.

47. Direito de cumprir a pena no local do seu domicílio: não existe, como regra. Aliás, geralmente, o sentenciado cumpre pena no lugar do cometimento do delito: STJ: “1. É sempre preferível que a pessoa processada ou condenada seja custodiada em presídio no local em que reside, inclusive para facilitar o exercício do seu direito à assistência familiar, mas, se a sua permanência em presídio local se evidencia impraticável ou inconveniente, em razão da periculosidade do agente ou de

outras circunstâncias que implicam na sua submissão ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), previsto na Lei 10.792/2003, é mister pôr em resalto a preponderância ao interesse social da segurança e da própria eficácia da segregação individual. 2. A precariedade das condições do presídio em que se achava recolhido o paciente (Bangu I, no Rio de Janeiro), atestada por confiável e seguro relatório da OAB/RJ, não justifica a não-submissão do paciente ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) que lhe foi aplicado, de sorte que o seu deslocamento para o Presídio Federal de Campo Grande/MS, acha-se plenamente amparado no art. 86, § 3.º, da Lei de Execução Penal. Precedente desta Corte: HC 32.886/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 28.06.2004, p. 371. 3. Ordem denegada, de acordo com o parecer do MPF” (HC 92.714-RJ, 5.^a T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 06.12.2007, m. v. A divergência ocorrida na Turma concentrou-se apenas quanto ao fato de não estar mais o paciente em RDD quando foi julgado o *habeas corpus*; logo, a minoria votou pela concessão da ordem, para que voltasse ao seu Estado de origem). Conferir também: TJSP: “As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local da União, nem por isso a lei criou para o condenado um direito subjetivo irrecusável pela administração judiciária” (AgExec 394.160-3/0-Araçatuba, 2.^a Câmara de Férias “Janeiro de 2004”, rel. Silva Pinto, 12.01.2004, v. u., JUBI91/04). Idem: TJSP: HC 406.028-3/9-SP, 3.^a C. Extraordinária, rel. Leme de Campos, 27.02.2003, v. u.

48. Disposição constitucional de proteção ao preso: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX). No mesmo enfoque estão os arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal

(direitos do preso: *a*) alimentação suficiente e vestuário; *b*) atribuição de trabalho e sua remuneração; *c*) previdência social; *d*) constituição de pecúlio; *e*) proporcionalidade de tempo entre trabalho, descanso e recreação; *f*) participação de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, compatíveis com sua pena; *g*) assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde; *h*) proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo; *i*) entrevista direta com o advogado; *j*) visita de cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias determinados; *l*) chamamento nominal; *m*) igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; *n*) avistar-se com o diretor do presídio; *o*) possibilidade de representação e petição a qualquer autoridade; *p*) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes); *q*) atestado de pena a cumprir, emitido anualmente.

49. Direito do preso à execução provisória da pena: tem sido posição predominante, atualmente, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, poder o condenado a pena privativa de liberdade executá-la provisoriamente, em especial quando pretende a progressão de regime, pleiteando a passagem do fechado para o semi-aberto. A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, assim, há um teto máximo para a sanção penal. Ou se a decisão do magistrado basear-se no máximo em abstrato previsto para o delito. A pretexto de se tratar de *prisão provisória*, cautelarmente decretada durante a instrução, não se pode obstar esse direito, uma vez que, existindo eventual triunfo da defesa, por ocasião do julgamento de seu

recurso, o máximo que poderá ocorrer será a sua imediata liberação – quando houver absolvição ou diminuição da pena. Lembremos que o tempo de prisão provisória será computado como se pena cumprida fosse, em virtude da detração (art. 42, CP), o que fortalece, ainda mais, a possibilidade de se conceder ao sentenciado algum benefício, caso tenha preenchido o requisito objetivo, concernente ao tempo de prisão. Aliás, o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 7.210/84 prevê a possibilidade de se aplicar ao preso provisório o disposto nesta Lei, o que permite supor estar incluída a progressão. Logicamente, esta não será automática, respeitando-se os demais requisitos para a concessão, como o merecimento. Como argumento contrário à execução provisória da pena, invoca-se o princípio constitucional da presunção de inocência. Se o réu é inocente até que a decisão condenatória se torne definitiva, não seria possível fazê-lo cumprir antecipadamente a pena. Ocorre que os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição, servem para proteção do indivíduo, e não para prejudicá-lo, o que aconteceria caso fosse levado como causa impeditiva da execução provisória. Walter Swensson propõe solução alternativa: somente o réu, quando condenado e estando preso, se for do seu interesse, poderia pleitear a execução provisória da pena, pedindo, pois, a desconsideração da presunção de inocência (*A competência do juízo da execução*, p. 221). Não vemos necessidade nisso. O correto é a extração da guia provisória de ofício, enviando-se ao juízo da execução penal, pois o direito à liberdade é indisponível, razão pela qual não cabe ao réu decidir se deseja ou não ser beneficiado por eventual progressão. Admitindo a execução provisória, desde que com trânsito em julgado para o Ministério Público (ou fundando-se no máximo em abstrato previsto para o crime): STF: “Não

se admite, enquanto pendente de julgamento apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu, a progressão de regime prisional sem o cumprimento de, pelo menos, 1/6 da pena máxima atribuída em abstrato ao crime. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, deferiu, em parte, *habeas corpus* para que, mantido o regime inicial semi-aberto de cumprimento de pena, seja afastado o óbice à progressão para o regime aberto a paciente que, preso cautelarmente há 3 anos, fora condenado à pena de 4 anos pela prática do crime de corrupção ativa (CP, art. 333). No caso, os recursos interpostos por ambas as partes contra a sentença condenatória encontram-se pendentes de julgamento e a impetração impugnava acórdão do STJ que, ao fundamento de se tratar de prisão cautelar, denegara o pedido de progressão de regime prisional e de concessão de saída temporária. Considerou-se que, no caso, eventual provimento do recurso do *parquet* não seria empecilho para o reconhecimento do requisito objetivo temporal para a pretendida progressão, porquanto, levando-se em conta ser de 12 anos a pena máxima cominada em abstrato para o delito de corrupção ativa, o paciente deveria cumprir, pelo menos, 2 anos da pena para requerer, à autoridade competente, a progressão para o regime prisional aberto, o que já ocorrera. Aduziu-se, por fim, caber ao juízo da execução criminal competente avaliar se, na espécie, estão presentes os requisitos objetivos e subjetivos para o benefício, devendo, se possível, proceder ao acompanhamento disciplinar do paciente até o cumprimento final da pena. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio que deferia o *writ* em maior extensão, concedendo-o, de ofício, pelo excesso de prazo. Precedente citado: HC 90.864/MG (DJU 17.04.2007)” (HC 90.893-SP, 1.ª T., rel.

Cármem Lúcia, 05.06.2007, *Informativo* 470). STJ: RHC 8.593-SP, 6.ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 1.º.06.1999, v. u., DJ 02.08.1999, p. 224; RHC 8.348-MG, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 04.05.1999, v. u., DJ 31.05.1999, p. 157. Aceitando a execução provisória, mesmo pendente recurso do Ministério Público: TJSP: “Expedição de guia provisória de recolhimento pendente recurso do Ministério Público – Irrelevância – Aplicabilidade da Lei de Execução Penal aos presos ainda não definitivamente condenados – Inteligência do art. 2.º, parágrafo único, LEP – Praticidade da medida – Cancelamento desta, ademais, que nada de relevante representará, em face da regularidade do processo executório” (Ag. 342.577-3/8-Ribeirão Preto, 2.ª C., rel. Canguçu de Almeida, 31.03.2003, v. u., JUBI 83/03). No Estado de São Paulo, está em vigor o Provimento 653/99 do Conselho Superior da Magistratura, estabelecendo que o juiz deve expedir guia de recolhimento provisória, após a condenação, determinando a remessa ao juiz das execuções penais, responsável pela execução provisória. Resolve-se, com a expedição da guia provisória, outro obstáculo alegado por alguns, de que não haveria pressuposto fundamental para o início da execução penal, como dispõe o art. 105 (“... o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”). Ensina, com razão, Walter Swensson que “a competência para a execução provisória somente poderá ser do Juízo da Vara das Execuções. Tal conclusão decorre da interpretação conjunta dos arts. 2.º, e seu parágrafo único, 65 e 66 da Lei de Execução Penal. Observe-se, também, que o art. 209 do Regimento Interno do [extinto] Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo determina a remessa da carta de sentença ao Juízo da Execução, por entender, evidentemente, ser desta a competência para a execução provisó-

ria” (*A competência do juízo da execução*, p. 220). Em contraposição, no entanto, sustenta o Superior Tribunal de Justiça ser competente o juízo da condenação: “O entendimento pretoriano firmou-se no sentido de que a competência para decidir sobre progressão de regime de cumprimento de pena em relação aos presos provisórios, ou seja, no período que medeia entre a publicação da sentença condenatória e o seu trânsito em julgado é do Juiz da condenação” (HC 7.955-MT, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 01.12.1998, v. u., DJ 17.02.1999, p. 167). A viabilidade, no entanto, de existir execução provisória da pena está consolidada, conforme se pode verificar pela edição da Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Na doutrina, assevera José Carlos Daumas Santos que “negar a execução provisória ao acusado preso com sentença transitada em julgado para a acusação caracteriza constrangimento ilegal inaceitável que fere, indiscutivelmente, o princípio da legalidade” (*Princípio da legalidade na execução penal*, p. 43). Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 19, de 29 de agosto de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, nos seguintes termos: “Dispõe sobre a execução penal provisória. A Presidente do Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições conferidas pela Constituição Federal, especialmente o que dispõe o inciso I do § 4.^o de seu artigo 103-B, e tendo em vista o decidido na sessão do dia 15 de agosto de 2006; Considerando a necessidade de possibilitar ao preso provisório, a partir da condenação, o exercício do direito de petição sobre direitos pertinentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer; Considerando que para

a instauração do processo de execução penal provisória deve ser expedida guia de recolhimento provisório; Considerando a necessidade de disciplinar o sistema de expedição de guia de recolhimento provisório; Considerando o que dispõe o art. 2.^o da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984; Considerando, ainda, a proposta apresentada pela Comissão formada para estudos sobre a criação de base de dados nacional sobre a população carcerária; Resolve: Art. 1.^o A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdão condenatórios, ainda sujeitos a recurso sem efeito suspensivo, devendo ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal. § 1.^o Deverá ser anotada na guia de recolhimento expedida nestas condições a expressão *provisório*, em seqüência da expressão guia de recolhimento. § 2.^o A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal. § 3.^o Estando o processo em grau de recurso, e não tendo sido expedida a guia de recolhimento provisório, às Secretarias desses órgãos caberá expedi-la e remetê-la ao juízo competente. Art. 2.^o Sobre vindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia de recolhimento. Art. 3.^o Sobre vindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa. Art. 4.^o Cada Corregedoria de Justiça adaptará suas Normas de Serviço às disposições desta resolução, no prazo de 180 dias. Art. 5.^o Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

49-A. Execução provisória e prisão especial: em nosso *Código de Processo Penal* comentado tecemos considerações a respeito da possibilidade de progressão de regime ao preso provisório colocado em prisão especial, em função da edição da Súmula 717 do STF. Permitimo-nos reproduzir o que lá fizemos constar: “esta modalidade de prisão, como já comentamos, é autêntica regalia legal a uma categoria privilegiada de brasileiros, quando deveria valer para todos, ou seja, a separação dos presos mereceria um critério único, sem distinção por grau universitário ou outro título qualquer. A despeito disso, os réus sujeitos à prisão especial contam com mais um benefício – e dos mais importantes – que é possibilidade de auferir a progressão de regime, quando ainda estão confinados nessas celas privativas. É o teor da Súmula 717 do STF: ‘Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial’. Com a devida vênia, com isso não podemos concordar. O acusado colocado em prisão especial não conta com o mesmo tratamento dos demais presos provisórios. Estes, quando almejam a progressão de regime, são transferidos para o sistema penitenciário, para que possam ser avaliados pela Comissão Técnica de Classificação (merecimento para a progressão – art. 33, § 2.º, CP – ver nota 21 [conferir também a nota 21-A ao referido artigo], bem como para que possam trabalhar regularmente (obrigação de todo preso para poder pleitear a progressão de regime – arts. 31 e 39, V, da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal). É certo que o art. 31, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, abre exceção para o preso provisório, ou seja, preceitua ser facultativo o trabalho para essa categoria de presos (registre-se que essa norma foi elaborada quando não se imaginava possível a progressão de regime em plena custódia

cautelar). Ocorre que, nos demais casos, quando o custodiado pretende a progressão, ele é levado ao sistema penitenciário justamente para que possa trabalhar, como qualquer outro, na medida em que pleiteia benefício típico de quem já se encontra cumprindo pena. Em verdade, permitir a progressão de regime ao preso sujeito à prisão especial representará, no Brasil, cujo sistema processual é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o impedimento do cumprimento da pena em regime carcerário severo. Como exemplo: determinada autoridade, condenada a 6 anos de reclusão, em regime fechado inicial, por ter cometido variados delitos, encontra-se presa preventivamente, recolhida em prisão especial. Enquanto aguarda o arrastado trâmite processual, seu tempo de ‘cumprimento de pena’ encontra-se em decurso. Assim, antes mesmo de transitar em julgado a decisão condenatória, quase certamente já atingiu o regime aberto (cumprido um ano – um sexto – pode pedir o semi-aberto; depois, outro sexto cumprido, tem direito ao aberto). Sai da prisão especial diretamente para a liberdade (lembremos que em muitas comarcas não há Casa do Albergado, como ocorre em São Paulo, que concentra o maior número de condenados do País), recolhido no sistema denominado de *prisão albergue domiciliar* (ver as notas 42 e 43 ao art. 36, do nosso *Código Penal* comentado)”.

Trabalho do preso⁵⁰

Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado,^{51-55-A} sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.^{55-B}

50. Distinção entre trabalho forçado e trabalho obrigatório: este último faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado que necessita de

reeducação, e nada melhor do que fazê-lo por intermédio do trabalho; por outro lado, a Constituição Federal veda a pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c), o que significa não poder se exigir do preso o trabalho sob pena de castigos corporais e sem qualquer benefício ou remuneração. Diz Luiz Vicente Cernicchiaro: “Extinta a escravatura, não faz sentido o trabalho gratuito, ainda que imposto pelo Estado, mesmo na execução da sentença criminal. A remuneração do trabalho está definitivamente assentada. O Direito Penal virou também a página da história. O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: ‘A pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes for designado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões’. A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens” (*Direito penal na Constituição*, p. 133).

51. Trabalho do preso e remição: *remição* é o resgate da pena pelo trabalho, permitindo-se o abatimento do montante da condenação, periodicamente, desde que se constate estar o preso em atividade laborativa. O trabalho, segundo a Lei de Execução Penal (art. 31), é obrigatório, mas não forçado. Deve trabalhar o condenado que almejar conseguir benefícios durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a sua recusa pode configurar falta grave (art. 51, III, c.c. art. 39, V, da Lei de Execução Penal – 7.210/84) e, conseqüentemente, o impedimento à progressão de regime e ao livramento condicional. O trabalho forçado, vedado constitucionalmente (art. 5.º, XLVII, c), teria o condão de impelir o sentenciado à atividade laborativa, sob pena de sofrer outras e mais severas sanções. Logo, a remição é um incentivo à laborterapia. São

requisitos para o reconhecimento da remição: a) três dias de trabalho por um dia de pena; b) apresentar *merecimento*, auferido pela inexistência de registro de faltas graves no seu prontuário; c) cumprir o mínimo de seis horas diárias (máximo de oito), com descanso aos domingos e feriados. É viável a concessão de horário especial de trabalho, quando o preso for designado para serviços de conservação e manutenção do presídio (art. 33, parágrafo único, da Lei de Execução Penal); d) apresentar atestado de trabalho fornecido pelo presídio, com presunção de veracidade; e) exercício de trabalho reconhecido pela direção do estabelecimento prisional. Nessa ótica: TJSP: “Qualquer trabalho pode dar remição, mesmo faxineiro, sem remuneração ou previdência social” (Ag. 112.124.3-Poá, rel. Sinésio de Souza, 30.03.1992, v. u.; Ag. 161.534.3-Bauru, rel. Denser de Sá, 18.08.1994). Os julgados são antigos, mas a orientação atual continua em igual prisma.

52. Perda dos dias remidos e falta grave: trata-se de jurisprudência amplamente majoritária que o condenado, ao praticar falta grave, perde os dias remidos, iniciando-se novo cômputo a partir da data da falta. É a aplicação do art. 127 da Lei de Execução Penal: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Embora alguns sustentem haver, nesse caso, direito adquirido, ou seja, uma vez reconhecida a remição de parte da pena, cometida a falta grave, não se poderia perder o que já foi conquistado, deve-se aplicar exatamente o disposto no mencionado art. 127 – afinal, a própria lei estipula não haver nem direito adquirido, nem tampouco coisa julgada material em relação ao reconhecimento do benefício. Tanto assim que, recebendo regime prisional mais favorável, não tem o

condenado direito adquirido de nele permanecer. Caso cometa falta grave, pode ser regredido. O único caso que afasta a possibilidade de perda dos dias remidos é o término da pena antes de o reconhecimento da referida perda ser feito pelo juiz e desde que a extinção da pena já tenha sido decretada. Desde logo, vale mencionar a existência de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal a respeito: “Súmula 9: O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58”. Em decisão lapidar, ensina o Juiz Ricardo Dip: “Outrossim, determina a lei de regência que, em virtude de punição por falta grave, o condenado perderá o ‘direito ao tempo remido’. É o *direito* que se perde, todo ele, desde que anterior à falta. Não é um segmento do tempo remido. Não cabe distinguir uma variação conjectural por meio de engenhoso confronto com outra norma – a relativa à individualização da pena, na sentença condenatória penal – que a regra de regência específica não autoriza invocar de modo analógico. A *relação* é um predicamento de acidente que tanto pode ter fundamento na realidade, quanto não tomar a realidade (inclusa a normativa) por fundamento: dessa maneira, sempre será cogitável uma relação entre normas; capital, porém, será escorá-la em fundamento de normatividade vigente. Ao entender que a *conduta continuamente* íntegra é pressuposto do *direito à remição*, o legislador afastou bem por isso o motivo de quantificar aquilo que ataca, o próprio suposto – ‘o direito ao tempo remido’ – de sanção premial. Não cabe invocar a analogia para, a pretexto de manter a igualdade de situações, igualar o que o legislador e a lei tratam de modo *aproposito* como situações desiguais. Com essa desigualdade está infirmada a própria razão de invocar-se possivelmente a

analogia, procedimento lógico que reclama similaridade nos supostos” (TACRIM/SP [atual TJSP], Ag. 1.146.935-3, 21.06.1999, v. u., contendo vários precedentes no mesmo prisma). Cite-se também: STF: “Perde o direito ao tempo remido o condenado que cometer falta grave, conforme previsto no art. 50 da LEP. O STF tem decidido que a remição não constitui direito adquirido do condenado e que a perda dos dias remidos, pelo cometimento de falta grave (LEP, art. 50 c.c. art. 127), não afronta a coisa julgada. Precedentes do STF” (HC 78.784-SP, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, m. v., vencido Marco Aurélio, 22.03.1999, DJ 25.06.1999, p. 4); STJ: “Trata-se de HC impetrado em favor do paciente contra decisão de TJ que determinou a perda dos dias remidos e o reinício da contagem do lapso temporal para fins de concessão de benefícios em razão da prática de falta grave, por ausência de previsão legal. Diante disso, a Turma concedeu parcialmente a ordem para determinar o reinício da contagem do prazo de cumprimento da pena somente para fins de progressão de regime, mantendo a perda dos dias remidos, mas excluindo os efeitos da interrupção do prazo em relação ao livramento condicional e à comutação. O Min. Nilson Naves concedia a ordem em maior extensão, por entender imperdíveis os dias remidos, baseando-se em seu voto no HC 40.940-DE, DJ 26/03/2007. Precedentes citados: HC 87.856-SP, DJ 4/8/2008; AgRg no REsp 810.076-RS, DJ 14/4/2008, e HC 103.266-SP, DJe 18/8/2008.” (STJ, HC 108.438-SP, 6.^a T., rel. Jane Silva, 16.10.2008); “O condenado, que está cumprindo pena privativa de liberdade, perde, *ex vi* art. 127 da LEP, o direito à remição do período de trabalho ao cometer falta grave” (RHC 8.353-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 13.04.1999, v. u., DJ 31.05.1999, p. 157); “A dicção do art. 127 da Lei 7.210/84 é clara ao estabelecer que o condenado que cometer falta grave

(agressão contra companheiro de presídio), durante a execução da pena, perderá os dias remidos, motivo pelo qual não há falar em coisa julgada e direito adquirido, dado que a decisão reconhecedora da remição não faz coisa julgada material” (RHC 8.382-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 20.04.1999, v. u., DJ 14.06.1999, p. 228); RHC 8.895-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 24.08.1999, v. u., DJ 04.10.1999, p. 63; RHC 8.384-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 27.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 228; RHC 8.394-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 20.04.1999, m. v., DJ 14.06.1999, p. 228; HC 7.911-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 29.10.1998, m. v., DJ 29.11.1999, p. 200; RHC 8.418-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 27.04.1999, m. v., DJ 14.06.1999, p. 228; RHC 8.326-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 15.04.1999, m. v., DJ 09.08.1999, p. 174; RHC 8.394-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 20.04.1999, m. v., DJ 09.08.1999, p. 174. TJSP: “O instituto da remição sujeita-se à cláusula *rebus sic stantibus* enquanto não extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena, não constituindo direito adquirido ou incondicional em favor do reeducando, nem a decisão concessiva transita em julgado, pois poderá ocorrer a perda do tempo remido se sobrevier punição pela falta grave” (Ag. 292.679-3, 4.^a C., rel. Bittencourt Rodrigues, 12.12.2000, v. u., JUBI 60/01); “Remição – Falta grave superveniente – Perda do benefício – Artigo 127 da Lei de Execução Penal – Inexistência de afronta a mandamento constitucional – Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* – Agravo não provido. A perda dos dias remidos é decorrência legal justificada pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto o reeducando não comete falta grave, subsiste a remição; quando a comete, extinta será a remição” (Ag. 258.492-2-SP, 3.^a C., rel. Walter Guilherme, 20.10.1998, v. u.); Ag. 249.271-3-SP, 5.^a C., rel. Geraldo Xavier, 07.05.1998, v. u. *Em sentido contrá-*

rio, considerando *direito adquirido*: STJ: “O tempo remido pelo trabalho do preso deve ser considerado como pena efetivamente cumprida. Interpretação da LEP, art. 126” (REsp 200.712-RS, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, v. u., 20.04.1999, DJ 24.05.1999, Seção 1, p. 195).

52-A. Momento para a decretação da perda dos dias remidos: deve ocorrer após sindicância no presídio, garantindo-se ao preso a ampla defesa. Conferir: TJSP: “Fuga do sentenciado – Perda dos dias remidos a pedido do Ministério Público – Indeferimento – Penalidade cuja aplicação depende de apuração da falta grave através de sindicância – Impossibilidade, estando o sentenciado ainda foragido – Inteligência do art. 127 da Lei de Execução Penal – Decisão mantida – Recurso não provido” (Ag. 446.115-3/9, 5.^a C., rel. Gomes de Amorim, 23.09.2004, v. u., JUBI 101/05).

53. Fuga e tentativa de fuga para efeito de remição: enquanto a fuga é considerada falta grave e acarreta a perda dos dias remidos (TJSP, Ag. 246.213-3-Presidente Prudente, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 16.03.1998, v. u.), a tentativa de fuga não faz perder a remição conseguida, pela inaplicação do disposto no art. 49, parágrafo único, da LEP (“pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada”), pois não é falta grave (TJSP, Ag. 241.802-3-SP, 2.^a C., rel. Ângelo Gallucci, 02.03.1998, v. u.).

54. Inexistência de oportunidade de trabalho no presídio: não cabe a remição, pois a lei é clara, exigindo o efetivo trabalho para a redenção da pena. Nesse sentido: TJSP: “Remição – Cadeia que não dispõe de local para o trabalho – Inadmissibilidade – Deficiência do Estado que não justifica a concessão do benefício – Recurso não provido. A falta de condições do presídio para o exercício de qualquer atividade laborativa

desmerece ser invocada como justificativa de se resgatar parte do tempo da pena corporal, de acordo com a remição, pois, tal como o assegurado direito ao trabalho do preso, esse benefício condiciona-se ao regime normativo-disciplinar quanto à concessão, efetividade e revogação” (Ag. 187.892.3-Barretos, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 04.09.1995, v. u.).

55. Preso provisório e direito à remição: há, basicamente, *duas correntes* opostas nesse tema: *a) admite-se a remição* porque o art. 2.^o, parágrafo único, da Lei de Execução Penal determina que o disposto nessa lei seja também aplicado aos presos provisórios, incluindo, pois, o direito à remição. Por outro lado, deve-se aplicar o disposto no art. 31, parágrafo único, da LEP: “Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento”. Ora, se o preso provisório *pode* trabalhar, então tem direito à remição; *b) não se admite a remição* porque seria um autêntico *bis in idem* diante da detração, que já é o benefício para quem está preso provisoriamente, além do que o art. 126 da LEP diz que a remição só cabe a *condenado*. Atualmente, diante da possibilidade de executar *provisoriamente* a pena, não mais tem cabimento a impossibilidade de aplicar a remição ao preso provisório que resolver trabalhar. Ora, se ele pode até mesmo progredir de regime, por que não poderia trabalhar e remir a sua eventual futura pena? Cremos admissível computar a remição ao cautelarmente preso, dando-se amplo cumprimento à execução provisória da pena.

55-A. Remição pelo estudo: não há previsão legal, embora devesse existir. Sabemos que o estudo pode servir à laborterapia com o fito de ressocialização do condenado, propiciando-lhe, inclusive, no futuro,

melhores e mais adequadas condições de disputa no mercado de trabalho após o cumprimento da pena. Ocorre que, atualmente, não se tem qualquer tipo de regra a reger essa modalidade de remição, podendo haver abuso e total falta de sincronia entre situações praticamente idênticas. Quantas horas de estudo seriam necessárias para completar um dia de trabalho? Que tipo de estudo? Computar-se-ia somente aula ou também atividades extra-classe, como feitura de lições e exercícios? O estudo individual teria validade? Seria necessário atingir um mínimo de nota ou aprovação? Enfim, não se tendo parâmetro, cada juiz poderia implementar o seu sistema, proporcionando condições díspares aos sentenciados. Pensamos ser ideal a regulamentação legal, mas, antes disso, somente em condições excepcionais se poderia aceitar, buscando o máximo de equiparação com o trabalho (mínimo de seis horas diárias, todos os dias da semana, exceto domingos e feriados, com fiscalização e aproveitamento, o que seria equivalente a trabalho satisfatório). Na jurisprudência: TJSP: “O estudo, assim como o trabalho desempenhado pelo preso, visa a sua reintegração na sociedade e no mercado de trabalho, merecendo ser remidos os dias a ele dedicados no decorrer do cumprimento da pena privativa de liberdade” (Ag. 369.714-3/1-São Vicente, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 23.09.2003, v. u., *JUBI* 88/03). Em decisão proferida no dia 27 de junho de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, com o seguinte enunciado: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

55-B. Benefícios previdenciários: Nos termos do art. 201 da Constituição Federal, “a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contribu-

tivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda”. Conforme dispõe o art. 80 da Lei 8.213/91: “O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”. Além disso, preceitua o art. 9.º, V, o, do Decreto 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social, ser filiado obrigatório, como contribuinte individual, “o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce a atividade artesanal por conta própria”. Nos termos do art. 11, § 1.º, IX, podem filiar-se, facultativamente, “o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social”. O mesmo Decreto 3.048/99 estabelece as condições para a obtenção do auxílio-reclusão pelos dependentes do preso, em particular no art. 116: “O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta

reais). § 1.º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado. § 2.º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente. § 3.º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica. § 4.º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior (...)”. No art. 117: “O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso. § 1.º O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente. § 2.º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado. § 3.º Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado”. O art. 118 estabelece que “falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte. Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário-de-contribuição superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13”. Finalmente, dispõe o art. 119 ser “vedada a concessão do auxílio-reclusão após a

soltura do segurado”. O valor do auxílio-reclusão será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se aposentado por invalidez na data do falecimento (art. 39, § 3.º). Em razão disso, além de poder contar com o referido benefício do auxílio-reclusão, que, na verdade, serve aos seus dependentes, privados da renda da pessoa presa, conta tempo para a aposentadoria e, saindo do cárcere, contará com outros serviços da previdência social. Registremos, ainda, que há outras possibilidades de concessão de auxílio-reclusão, como ocorre com os servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, nos termos da Lei 8.112/90 (“art. 229. A família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores: I – 2/3 (dois terços) da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão; II – 1/2 (metade) da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo. § 1.º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido; § 2.º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional”.

Legislação especial

Art. 40. A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.⁵⁶

56. Legislação especial: Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

Superveniência de doença mental

Art. 41. O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.⁵⁷

57. Doença mental do condenado e do agente do fato criminoso: é preciso distinguir a doença mental que acomete o sentenciado, durante a execução da sua pena, da enfermidade que possui o agente no momento da conduta delituosa. A este último, aplica-se o disposto no art. 26 do Código Penal, vale dizer, não se aplica pena, mas medida de segurança, ocorrendo a chamada *absolvição imprópria*. O juiz, apesar de absolver o réu, impõe-lhe medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial), que será, nos termos do art. 97, § 1.º, do Código Penal, indeterminada, até que haja a cessação da periculosidade (afinal, cometeu um injusto no estado de insanidade). A superveniência de doença mental ao condenado, no entanto, apesar de poder levar à conversão da pena em medida de segurança, nos termos do disposto no art. 41 do Código Penal, em combinação com o art. 183 da Lei de Execução Penal, não pode ser por tempo indeterminado, respeitando-se o final da sua pena. Afinal, o sistema do duplo binário (aplicação de pena e medida de segurança) foi abolido em 1984, de forma que, se o réu foi condenado, por ter sido considerado imputável à época do crime, recebendo a reprimenda cabível, por tempo determinado, não pode ficar o resto dos seus dias submetido a uma medida de segurança penal. Assim, terminada a sua pena, estando ele em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, deve ser colocado à disposição do juízo civil, tal como acontece com qualquer pessoa acometida de uma enfermidade mental incurável. Por derradeiro, é preciso que se diga que, se a

doença mental for curável e passageira, não há necessidade de conversão da pena em medida de segurança, mas tão-somente a transferência do preso para tratamento em hospital adequado, por curto período. Assim: “O internamento ou a sujeição ao ambulatorio podem constituir providência temporária. Uma vez cessada a causa determinante daquela medida o agente voltará a cumprir a pena computando-se no seu tempo o período em que esteve internado” (Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 119). E na mesma ótica, conferir a lição de Aníbal Bruno: “tomada a pena, como hoje é geralmente admitida, sobretudo na sua fase executiva, como um processo recuperador do delinqüente para o seu ajustamento à vida social, com este coincide o tratamento que visa à normalização do seu estado mental. Esse tratamento não se divorcia da corrente de atividades que a execução da pena faz que se exerçam sobre o sentenciado”. Computar o tempo de tratamento como se fosse cumprimento da pena é “uma exigência não só de piedade e de justiça, mas de lógica do sistema. Assim, o sentenciado recolhido a hospital ou manicômio conta o tempo em que ali permanece como de execução da pena” (*Das penas*, p. 77).

Detração⁵⁸

Art. 42. Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança,⁵⁹ o tempo de prisão provisória,⁶⁰ no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.⁶¹⁻⁶⁴

58. Conceito de detração: é a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança do período em

que ficou detido o condenado em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, de prisão administrativa ou mesmo de internação em hospital de custódia e tratamento. Ex.: se o sentenciado foi preso provisoriamente e ficou detido por um ano até a condenação transitar em julgado, sendo apenado a seis anos de reclusão, cumprirá somente mais cinco.

59. Cômputo da prisão provisória na medida de segurança: o desconto deve ser feito no prazo mínimo de internação ou tratamento ambulatorial (1 a 3 anos), e não no tempo total de aplicação da medida de segurança. Assim, se o juiz fixa 2 anos de internação mínima, mas o apenado já ficou preso por um ano, preventivamente, deve ser realizado o exame de cessação de periculosidade dentro de um ano (e não em dois, como originalmente determinado). Expõe a doutrina que “a regra da detração em relação à medida de segurança se justifica não para o fim de ser levantada a medida, como é curial, mas para o efeito de contar o tempo para a realização obrigatória do exame de averiguação de periculosidade ao termo do prazo mínimo” (cf. Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 123).

60. Prisão provisória: são todas as formas de prisão cautelar, previstas no processo penal: a) prisão temporária; b) prisão preventiva; c) prisão em decorrência de flagrante; d) prisão decorrente da pronúncia; e) prisão em virtude de sentença condenatória recorrível; f) prisão para extradição.

61. Ligação entre a prisão provisória e a pena aplicada para aplicar a detração: há basicamente duas correntes: a) deve haver ligação entre o fato criminoso, a prisão provisória decretada e a pena aplicada. Essa

é a posição majoritária: STF: “A prisão computável na duração da pena deve relacionar-se com o fato que é objeto da condenação. Aplicação dos arts. 34 do Código Penal e 672 do CPP” (RHC 48.718-SP, 2.^a T., rel. Eloy da Rocha, 26.03.1971, v. u., embora antigo o acórdão, mantém-se como posição predominante); STJ: “O melhor entendimento da doutrina e da jurisprudência firma-se na necessidade de que haja nexo de causalidade entre a prisão provisória e a pena privativa de liberdade” (RHC 2.184-SP, 6.^a T., rel. José Cândido de Carvalho Filho, 26.10.1992, v. u.); “Detração – Contagem necessariamente regida pelo nexo da causalidade entre a prisão provisória e a pena a cumprir-se em regime fechado, sem causa de sua correspondência com a anterior condenação a cumprir-se em regime aberto” (HC 6.235-SP, 5.^a T., rel. José Dantas, 04.11.1997, v. u.); TJSP: “Para a detração, é necessário que o tempo de encarceramento provisório, isto é, período anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, seja referente ao mesmo feito, ou que seja referente a outro processo, mas desde que o fato delituoso tenha sido praticado em data anterior à prisão. O art. 42 do CP determina que seja computado na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória; por óbvio refere-se ao recolhimento cautelar em razão do fato que culminará na privação da liberdade. O art. 111 da LEP trata, como se pode observar, de condenações que sobrevenham no curso da execução penal. Portanto, não há previsão legal em nosso ordenamento jurídico que sustente a existência da citada ‘conta corrente’ de penas” (Ag. 333.664-3, 3.^a C., rel. Luiz Pantaleão, 27.08.2002, v. u.); “Consoante entendimento majoritário, o nosso ordenamento jurídico-penal *não veda expressamente* a aplicação do instituto da detração utilizando-se período de prisão cautelar referente a outro feito. Não se exige o nexo processual; ou seja, é lícito descontar

do tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade o período em que o condenado esteve preso preventivamente por outro processo. A única ressalva a ser feita é a seguinte: a detração apenas será viável nos autos de execução penal de processo referente a *crime praticado anteriormente àquele pelo qual o condenado foi preso cautelarmente*, sob pena de se estar criando uma espécie de saldo credor em favor do reeducando, o que, evidentemente, não se pode admitir” (Ag. 427.155.3/1, 19.^a C. Extraordinária, rel. Poças Leitão, 19.10.2004, v. u., grifos no original); b) *não precisa haver ligação entre o fato criminoso praticado, a prisão provisória e a pena*, desde que haja absolvição, extinção da punibilidade ou redução da pena em outro processo por crime anteriormente cometido, mas prisão decretada depois. Ex.: se o réu comete um roubo, no dia 20 de março de 1990, e depois pratica um furto, pelo qual tem a prisão preventiva decretada, no dia 13 de maio de 1990, caso seja absolvido pelo furto e condenado pelo roubo, poderá computar o tempo de prisão provisória na pena do crime pelo qual foi apenado. Nesse sentido: STJ: “A Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao *status libertatis* (art. 5.^o, XV), inscreveu no rol dos direitos e garantias individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou que permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (art. 5.^o, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido a prisão processual e posteriormente absolvido. Em face desse preceito constitucional, o art. 42 do Código Penal e o art. 111 da LEP devem ser interpretados de modo a abrigar a tese de que o tempo de prisão provisória imposta em processo no qual o réu foi absolvido seja computado para a detração da pena imposta em processo relativo a crime anteriormente cometido” (REsp 61.899-SP, 6.^a T., rel. Vi-

cente Leal, 26.03.1996, v. u.). O que não se pode aceitar, de modo algum, é a aplicação da detração quando o fato criminoso pelo qual houve condenação tenha sido praticado posteriormente ao delito que trouxe a prisão provisória e a absolvição. Seria o indevido “crédito em conta corrente”. Ex.: o sujeito pratica um roubo, pelo qual é preso em flagrante, mas é absolvido; depois comete um furto, pelo qual vem a ser condenado. Se pudesse descontar o tempo do flagrante do roubo na pena do furto, estaria criando um “crédito” contra o Estado para ser utilizado no futuro, o que é ilógico. Nesse prisma: STF: “Não é possível creditar-se ao réu qualquer tempo de encarceramento anterior à prática do crime que deu origem à condenação atual. Precedentes do STF” (HC 61.195-SP, 2.^a T., rel. Francisco Rezek, 23.09.1983, v. u.); “É verdade que a jurisprudência da Suprema Corte tem sido marcadamente contrária à hipótese de ‘creditar-se ao réu qualquer tempo de encarceramento anterior à prática do crime que deu origem à condenação atual’ (RT 578/432), mas, por outro lado, tem-se admitido que ‘a detração do período de prisão a que se seguiu absolvição do réu pode ser concedida se se trata de pena por outro crime anteriormente cometido’ (RTJ 70/324)” (HC 71.797-SP, 2.^a T., rel. Néri da Silveira, 31.10.1994, v. u., RTJ 156/158). Em contrário: TJRS: “Cidadão foi preso sem razão alguma. Após, é preso regularmente. Que fazer? Remeter o cidadão unicamente ao juízo cível, perpetuar-lhe o dano sem ressarcimento algum ou conceder-lhe detração? Ora, se a opção do agravante for a detração não vejo razão para a negativa. É repor a injustiça e bem: a paga é feita com a mesma moeda. Não me preocupa – na espécie, cerca de 30 dias em mais de 35 anos de prisão – a retórica da conta-corrente porque efeito prático algum se faz presente. (...) Desde meu olhar, a prisão injusta – sempre e sempre – deve ser recuperada pelo cida-

dão. E detração é a maneira apropriada pelo sistema” (Ag. 700007426133, 5.^a C., rel. Amilton Bueno de Carvalho, 10.12.2003, v. u.).

62. Detração e pena de multa: aplica-se, por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir.

63. Detração e determinação do regime inicial da pena: a aplicação da detração não deve influenciar o juiz na fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Assim, por exemplo, se o agente ficou preso 2 anos, preventivamente, para depois ser condenado a 9 anos de reclusão (que exige a fixação do regime fechado inicial), não há como o magistrado da condenação fazer o desconto referente à detração, a fim de considerar que tenha ele apenas mais 7 anos para cumprir, impondo-lhe o regime semi-aberto. Nessa linha: STJ: “Compete ao Juízo da Execução a decisão sobre a detração penal, que não tem função no estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade” (STJ, HC 37.107-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 01.04.2008, v. u.). “Execução da pena – Presunção de inocência – Detração – Regime inicial – Prisão cautelar – Progressão. A execução da pena reclama trânsito em julgado da sentença condenatória. Exigência do princípio da presunção de inocência. Não se confunde com a prisão cautelar, que antecede ao encerramento do processo. Impossibilidade de o tempo da prisão cautelar diminuir o prazo do regime inicial do cumprimento da pena, ainda que fechado. Cada instituto tem suas características. Não se confundem. Admissível, porém, considerar a detração. A progressão depende de requisitos objetivos e subjetivos. Autorizado a realizar a perícia,

urge observar o procedimento, ouvindo a comissão técnica para, a seguir, lançar a apreciação final” (HC 2.627-RJ, 6.^a T., rel. para o acórdão Cernicchiaro, rel. vencido Anselmo Santiago, 27.06.1994, m. v.).

64. Detração e suspensão condicional da pena: o desconto deve operar-se na pena privativa de liberdade fixada, se vier a ser cumprida, caso revogado o *sursis*, mas não no tempo de suspensão. Imagine-se, por exemplo, que o réu seja condenado a dois anos de reclusão, tendo ficado preso provisoriamente por seis meses. Recebe o benefício da suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos. Caso seja revisto o *sursis*, em vez de cumprir dois anos, cumprirá somente um ano e seis meses. Em nada poderá interferir a prisão provisória no período de prova – afinal, se a condenação fosse de apenas um ano e seis meses, do mesmo modo caberia o *sursis* pelos mesmos dois anos.

Seção II

Das penas restritivas de direitos

Penas restritivas de direitos⁶⁵⁻⁶⁶

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;⁶⁷
- II – perda de bens e valores;⁶⁸
- III – (*Vetado.*);⁶⁹
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;⁷⁰
- V – interdição temporária de direitos;⁷¹
- VI – limitação de fim de semana.⁷²

65. Conceito de penas restritivas de direitos: são penas alternativas às privativas de liberdade, expressamente previstas em lei, tendo por fim evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de

infrações penais consideradas mais leves, promovendo-lhes a recuperação através de restrições a certos direitos. É o que Nilo Batista define como um movimento denominado “fuga da pena”, iniciado a partir dos anos 70, quando se verificou, com maior evidência, o fracasso do tradicional sistema punitivo no Brasil (*Alternativas à prisão no Brasil*, p. 76).

66. Natureza jurídica: são sanções penais autônomas e substitutivas. São substitutivas porque derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, da pena privativa de liberdade. Não há tipos penais prevendo, no preceito secundário, pena restritiva de direito. Portanto, quando juiz aplicar uma pena privativa de liberdade, pode substituí-la por uma restritiva, pelo mesmo prazo da primeira. São autônomas porque subsistem por si mesmas após a substituição. O juiz das execuções penais vai, diretamente, cuidar de fazer cumprir a restrição de direito, e não mais a privativa de liberdade, salvo necessidade de conversão por fatores incertos e futuros. Ver Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (*Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 138). Apesar do mencionado caráter substitutivo da pena restritiva de direitos, atualmente podem-se encontrar exemplos de penas restritivas aplicáveis cumulativamente às penas privativas de liberdade, como ocorre com o Código de Trânsito Brasileiro: o art. 292 dispõe que “a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou *cumulativamente* com outras penalidades” (grifamos), e outros dispositivos, como o art. 302, prevêem a possibilidade de aplicar pena privativa de liberdade cumulada com a restritiva de direito: “Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”. Por outro lado, já existe exemplo, igualmente, de penas restritivas de direitos completamente autônomas da privativa de liberdade, como ocorre com o art. 28 da Lei 11.343/2006: “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

67. Conceito de prestação pecuniária: consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos.

68. Conceito de perda de bens e valores: trata-se da perda, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

69. Veto presidencial à pena de recolhimento domiciliar: alegando impossibilidade de fiscalização, houve veto do Presidente da República à pena de recolhimento domiciliar – utilizada na Lei 9.605/98, que cuida dos crimes ambientais –, embora não tivesse havido igual veto à limitação de fim de semana, que atualmente, quando imposta, é cumprida em domicílio, tal como a sanção penal objeto da impugnação presidencial. Por outro lado, há mais

de quinze anos vem-se cumprindo o regime aberto também em domicílio, o que nunca foi questionado pelo Poder Executivo, de forma que o veto não deveria ter ocorrido. Ao menos a sanção de *recolhimento domiciliar* era algo objetivo e direto, impondo ao sentenciado que se recolhesse à sua casa fora do horário de trabalho. Melhor aplicar tal pena do que o indevido regime de albergue domiciliar para todos os condenados em regime aberto, hoje uma lamentável necessidade.

70. Conceito da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais. Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena. Nesse sentido, note-se a lição de Paul de Cant: “A idéia de fazer um delinqüente executar um trabalho ‘reparador’ em benefício da comunidade tem sido freqüentemente expressa nestes últimos anos. O fato mais admirável é que parece que Beccaria já havia pensado em uma pena dessa natureza ao escrever, no século XVIII, que ‘a pena mais oportuna será somente aquela espécie de servidão que seja justa, quer dizer, a servidão temporária que põe o trabalho e a pessoa do culpado a serviço da sociedade, porque este estado de dependência total é a reparação do injusto despotismo exercido por ele em violação ao pacto social’” (*O trabalho em benefício da comunidade: uma pena de substituição?*, p. 47).

71. Conceito de interdição temporária de direitos: é a autêntica pena

restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida.

72. Conceito de limitação de fim de semana: trata-se do estabelecimento da obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;^{73-74-A}

II – o réu não for reincidente em crime doloso;⁷⁵

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.⁷⁶⁻⁷⁷

§ 1.º (Vetado).⁷⁸

§ 2.º Na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos;⁷⁹ se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.⁸⁰

§ 3.º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.⁸¹⁻⁸²

§ 4.º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.⁸³ No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.⁸⁴

§ 5.º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.⁸⁵

73. Requisito objetivo de duração da pena aplicada e espécie de crime: todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena, bem como os crimes dolosos, desde que a pena não ultrapasse 4 anos e não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Não cabe ao juiz estabelecer exceção não criada pela lei, de forma que estão excluídos todos os delitos violentos ou com grave ameaça, ainda que comportem penas de pouca duração. No caso da lesão corporal dolosa – leve, grave ou gravíssima (pouco importando se de “menor potencial ofensivo” ou não) –, para efeito de aplicação da substituição da pena, não mais tem cabimento a restritiva de direitos. O juiz, em caso de condenação, poderá conceder o *sursis* ou fixar o regime aberto para cumprimento.

73-A. Violência presumida e violência imprópria: sustentamos que a violência abrange as formas física e moral, mas o legislador preferiu separá-las, quando as menciona nas normas penais, falando sempre de uma e outra. Deveria ter mencionado apenas a palavra *violência*. Não sendo assim, quando se lê *grave ameaça* entende-se a modalidade de violência moral; quando se lê *violência*, vê-se a física. A violência presumida é forma de violência física, pois resulta

da incapacidade de resistência da pessoa ofendida (ver as notas 6 e 7 ao art. 157 e 12 ao art. 224). Quem não consegue resistir, porque o agente se valeu de mecanismos indiretos para dobrar seu esforço (drogando a vítima, por exemplo), está fisicamente retirando o que lhe pertence. Por isso, o que se denomina de violência *imprópria* não passa da violência presumida, que é, no caso do art. 44, igualmente impeditiva da concessão de penas alternativas. Em outro sentido: STJ: “A imputação do crime de atentado violento ao pudor decorrente, exclusivamente, da presunção normativa de violência (art. 224 do Código Penal) não obsta, por si só, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (HC 97.000-SP, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 06.05.2008, v. u.).

74. Crimes hediondos e equiparados: como regra, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por falta do requisito objetivo: a pena é superior a 4 anos ou o delito é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A única exceção mais frequente ficava por conta do *tráfico ilícito de entorpecentes*, cuja pena mínima era de 3 anos e não é espécie de delito cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Entretanto, após a edição da Lei 11.343/2006, a pena mínima do tráfico elevou-se para cinco anos e há expressa proibição de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que não se ultrapassem os quatro anos (formas privilegiadas ou tentadas), conforme dispõe o art. 44 da mencionada lei. Não nos esqueçamos, no entanto, de que ao réu deve ser aplicada sempre a lei penal mais favorável, seguindo o disposto não somente no art. 5.^o, XL, da Constituição Federal, mas também no art. 2.^o do Código Penal. Por isso, o STF tem concedido a substituição da pena privativa

de liberdade para restritiva de direitos em alguns casos de tráfico ilícito de entorpecentes, quando o fato foi cometido sob a égide da Lei 6.368/76. Conferir: STF: HC 88.879-RJ, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 06.02.2007, v. u.

74-A. Violência doméstica ou familiar: lembremos, ainda, que o art. 17 da Lei 11.340/2006 prevê o seguinte: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”.

75. Reincidência em crime doloso: antes da Lei 9.714/98, somente era possível substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em caso de não reincidente. Atualmente, restringiu-se tal possibilidade ao reincidente *por crime doloso*, embora ainda comporte exceção, conforme se verá no comentário ao § 3.^o. Conferir: STJ: “A despeito do inciso II do art. 44 do Código Penal estabelecer como pressuposto para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a não reincidência do réu em crime doloso, tal norma deve ser interpretada à luz do § 3.^o do mesmo dispositivo legal, que excepciona a reincidência genérica, quando socialmente recomendável a resposta penal de liberdade” (HC 14419-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 26.03.2001, v. u., DJ 27.08.2001, p. 413). Em boa hora, o legislador empreendeu a modificação, pois nem toda forma de reincidência torna pernicioso a substituição, ficando ao critério do magistrado a consideração que o caso concreto merece.

76. Requisitos de avaliação subjetiva: cabe ao juiz, dentro do seu prudente critério, novamente invocando o art. 59 do Código Penal, optar pela substituição da

pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos que o levaram ao delito, bem como as circunstâncias gerais de prática da infração. Nessa análise, de ordem subjetiva, o magistrado pode levar em conta a diferença existente entre um traficante internacional e um traficante de ocasião, como já mencionado em nota anterior, aplicando a substituição, quando for o caso, concretizando, nas palavras de René Ariel Dotti, um “Direito Penal liberto de tantas superstições e quantas opressões; um Direito Penal que permita aos magistrados o exercício mais livre da sensibilidade nos domínios da lei, do Direito e da Justiça” (*Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 103).

76-A. Concessão de pena alternativa para estrangeiro: se o estrangeiro possuir residência e visto de permanência no Brasil, inexistente qualquer óbice. Caso seja estrangeiro de passagem pelo país, poderia surgir a mesma polêmica que envolve o *sursis*. Nesta hipótese, como não tem vínculo com o Brasil, podendo ser expulso a qualquer tempo, não cumpriria pena alguma. Ainda que tal situação seja real, é preferível conceder a pena alternativa, quando preenchidos os requisitos do art. 44, ao estrangeiro de passagem pelo país, pois cuida-se de condenação a pena não elevada, por crime menos gravoso, constituindo medida exagerada determinar o seu encarceramento quando, para o brasileiro, em igual situação, seria possível a concessão da pena restritiva de direitos. Se o estrangeiro, beneficiado pela pena alternativa, for expulso ou retirar-se voluntariamente do Brasil, tanto melhor. Trata-se de melhor política criminal permitir que o estrangeiro, autor de crime considerado de menor importância, parta do território

nacional do que mantê-lo encarcerado até que cumpra pena de curta duração. Consultar ainda a nota 16 ao art. 77.

77. Conversão durante o cumprimento da pena: na hipótese de a pena privativa de liberdade não ter sido substituída por restritiva de direitos, no momento da condenação, ainda existe essa possibilidade durante a execução da pena, respeitado o disposto no art. 180 da Lei de Execução Penal: *a)* pena privativa de liberdade não superior a 2 anos; *b)* cumprimento da pena em regime aberto; *c)* ter cumprido pelo menos 1/4 da pena; *d)* antecedentes e personalidade do condenado indiquem ser conveniente a conversão.

78. Veto presidencial às penas de advertência, compromisso de frequência a curso e submissão a tratamento: a justificativa dada é que seria a advertência uma penalidade muito branda, o que não deixa de ser realidade, embora, por estarem no mesmo parágrafo, tenham sido atingidas duas outras, que não poderiam ser desprezadas. A obrigação de frequência a cursos e o compromisso de submissão a tratamento poderiam ser mais eficazes do que a desprestigiada limitação de fim de semana.

79. Composição com o disposto no art. 60, § 2.º, do Código Penal: preceitua o art. 60, § 2.º, que “a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”, enquanto o § 2.º deste artigo menciona ser possível a substituição de penas iguais ou inferiores a um ano por multa. Assim, há a impressão de ter havido conflito entre os dispositivos. Para a pena privativa de liberdade superior a 6 meses e igual ou inferior a 1 ano pode ou não ser aplicada a substituição? Há *duas posições*: *a)* os que entendem ter o art. 44,

§ 2.º, por ser o mais recente (lei posterior afasta a aplicação de lei anterior – aplicação do critério da sucessividade), revogado o disposto no art. 60, § 2.º, razão pela qual a substituição é possível; *b*) aqueles que sustentam ser compatível a aplicação dos dois dispositivos, reservando-se à pena igual ou inferior a seis meses a possibilidade de substituição por multa (aplicando-se o art. 60, § 2.º) ou por restritiva de direitos (aplicando-se o art. 44, § 2.º), conforme o caso, bem como à pena superior a 6 meses e igual ou inferior a 1 ano somente uma pena restritiva de direitos. Preferimos a última posição, pois a possibilidade de harmonia é evidente: penas menos elevadas (6 meses ou inferiores) podem ser convertidas em multa ou restritiva de direitos, enquanto penas mais elevadas (mais de 6 meses até 1 ano) podem ser substituídas por uma única pena restritiva, já que para penalidades acima de 1 ano é indispensável fixar duas restritivas de direito ou uma restritiva acompanhada de uma multa. Essa interpretação, compondo as duas normas, é a mais indicada, também por outros fatores. Deve-se salientar que o art. 60 é especial em relação ao art. 44. Este último cuida da aplicação de penas restritivas de direitos, substancialmente, somente tangenciando a questão relativa à multa. Por outro lado, o título do art. 60 bem demonstra a sua inserção no capítulo relativo à aplicação da pena: “critérios especiais da pena de multa”. Ora, se para a fixação da pena pecuniária deve o magistrado levar em consideração *principalmente* a situação econômica do réu e não os demais requisitos comuns às penas privativas de liberdade, é natural supor que o § 2.º, tratando da *multa substitutiva*, deva ser considerado, em igualdade de condições, específico para essa possibilidade de substituição. Ademais, seria ilógico conceder, por exemplo, uma pena de multa para um furto simples, cuja pena não ultrapasse um ano, podendo o

juiz aplicar, igualmente, apenas uma pena de multa para o furto privilegiado (art. 155, § 2.º, CP), quando considerar de pequeno valor a coisa subtraída e primário o autor do crime. Estar-se-ia equiparando, indevidamente, situações francamente desiguais. Portanto, se a aplicação exclusiva da pena de multa foi reservada para a melhor das hipóteses de furto privilegiado, tudo leva a crer que a pena pecuniária não é compatível com delitos de sanção superior a seis meses. Parece-nos a melhor exegese a ser extraída do confronto entre os arts. 44, § 2.º, e 60, § 2.º, do Código Penal. No sentido que defendemos, checar a lição de Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior (*Teoria da pena*, p. 231): “Deve prevalecer, portanto, a interpretação no sentido da subsistência e da compatibilidade dos dois dispositivos legais, ou seja, o art. 60, § 2.º, sendo aplicável para pena de até seis meses (substituição por multa), e o art. 44, § 2.º, aplicável para pena superior a seis meses e igual ou inferior a um ano (substituição por multa ou por restritiva de direitos)”.

80. Regra específica: essa norma não se aplica aos delitos contra o meio ambiente, previstos na Lei 9.605/98, podendo-se substituir penas superiores a 1 ano por apenas uma restritiva de direitos, desde que respeitado o teto de 4 anos para crimes dolosos.

81. Possibilidade de substituição aos reincidentes: há *dois requisitos* estabelecidos em lei para que o juiz opere a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado reincidente por crime doloso: *a*) ser *socialmente recomendável*, o que é de análise extremamente subjetiva, embora assim deva ser, cabendo ao magistrado, no caso concreto, verificar se a hipótese de reincidência comporta a substituição, tendo em

conta a maior possibilidade de reeducação do condenado. Não é *socialmente recomendável* encarcerar um sujeito que tenha duas penas leves a cumprir, podendo ficar em liberdade, prestando serviços à comunidade, por exemplo; *b) não ter havido reincidência específica*. Finalmente, nesta hipótese, o legislador definiu o que vem a ser reincidência específica – o que não fez na Lei dos Crimes Hediondos, dando margem a profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais –, considerando como tal a reiteração do *mesmo crime*, ou seja, o mesmo tipo penal. Os dois requisitos são cumulativos, e não alternativos.

82. Análise do requisito *socialmente recomendável*: por ser subjetiva essa avaliação, confira-se o posicionamento da jurisprudência: “Tendo-se em conta a situação do ora apelado, vê-se que ele preenche o requisito que se poderia reputar de ordem objetiva. Não é reincidente específico. Sua anterior condenação, geradora da recidiva, foi por furto qualificado, tentado. Mas, inegavelmente, não se faz merecedor do benefício com que foi contemplado em primeira instância, o qual, com a devida vênia do D. Juízo *a quo*, não se mostra socialmente recomendável. Assim, por primeiro, não se pode minimizar a gravidade do comportamento de quem recebe cartões de crédito, cartões bancários e outros documentos pessoais em nome de terceiro, acompanhados, até, da carteira onde se encontravam quando da pretérita subtração. (...) A possibilidade de substituição da pena corporal por pena alternativa, para condenados reincidentes, é alvitre que em verdade não pode ser prodigalizado, devendo ser circunscrito a situações em que a própria natureza das condenações aplicadas (a que informou a recidiva e a subsequente) denotem escassa periculosidade do agente. Não é esta a situação do apelado, que, além da referida condenação certificada a fls.

114 e 116, registra outras duas, também definitivas, conquanto não configuradoras da reincidência (cf. fls. 115 e 119). (...) Dúvida não resta, portanto, de que não é ‘socialmente recomendável’ a substituição da pena corporal, deferida ao acusado em primeira instância, provendo-se o apelo ministerial para ser cassada a benesse” (TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 1.205.143/3-SP, 9.^a C., rel. Aroldo Viotti, 22.11.2000, v. u.). E também: STJ: “A despeito do inciso II do art. 44 do Código Penal estabelecer como pressuposto para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a não reincidência do réu em crime doloso, tal norma deve ser interpretada à luz do § 3.^o do mesmo dispositivo legal, que excepciona a reincidência genérica, quando socialmente recomendável a resposta penal de liberdade. Em havendo, contudo, a Corte Regional Federal afirmado a intensa reprovabilidade da conduta do réu condenado, a sua má conduta social e funcional, a sua personalidade decididamente inclinada para o ilícito, a sua certeza de impunidade e o seu despreço pela ordem jurídica e o seu grau elevado de periculosidade, faz-se imperativo, diante da própria letra do *decisum*, que se declare a flagrante violação da lei federal, precisamente, do inciso III do art. 44 do Código Penal” (REsp 236.703-PR, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 15.04.2003, v. u., DJ 19.05.2003, p. 260).

83. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade: trata-se de um incidente na execução penal. Não cumprindo as condições impostas pelo juiz da condenação, poderá o sentenciado perder o benefício que lhe foi concedido, retornando à pena original, ou seja, voltando à privativa de liberdade. O descumprimento das condições pode ocorrer nos seguintes casos: *a) na prestação de serviços à comunidade e na limitação de fim de semana,*

quando o condenado não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido ou deixar de atender à intimação por edital; quando não comparecer, sem justo motivo, à entidade assistencial para prestar o serviço ou recolher-se no fim de semana; quando o sentenciado recusar-se, sem motivo válido, a prestar o serviço que lhe foi imposto ou a participar das atividades determinadas pelo juiz; quando praticar falta grave; quando for condenado por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução, não suspensa, tornar incompatível o cumprimento da restritiva de direitos (art. 181, § 1.º, LEP); *b*) na *interdição temporária de direitos*, quando o condenado exercer o direito interditado, sem motivo justo; quando o sentenciado não for localizado para cumprir a restrição, por estar em lugar incerto e não sabido ou desatender à intimação por edital; quando sofrer condenação por crime sujeito à pena privativa de liberdade incompatível com a restrição; *c*) na *prestação pecuniária* e na *perda de bens ou valores*, caso deixe de efetuar o pagamento da prestação fixada ou deixe de entregar os bens ou valores, declarados perdidos por sentença. Ao editar a Lei 9.714/98, criando essas duas penas no universo do Código Penal, deveriam ter sido estabelecidas, claramente, as condições para o cumprimento, para a execução e, especialmente, as consequências do inadimplemento. Não o fazendo, é preciso aplicar a Lei de Execução Penal, no que for cabível. O Ministério Público tem legitimidade para executar as penas, devendo ser o condenado intimado para efetuar o pagamento (prestação pecuniária) ou para entregar o bem ou valor (perda de bens ou valores), nos termos dos arts. 164 e seguintes da referida lei (processo para a execução da pena de multa). Se, durante o processo executivo, ficar demonstrado que o sentenciado está, deliberadamente, frustrando o cumprimento da pena restritiva de

direitos, é natural que se faça a reconversão para pena privativa de liberdade. Quando, no entanto, perceber-se que a prestação pecuniária não foi paga, por absoluta impossibilidade financeira do condenado, bem como deixar de ser entregue ao Estado o bem declarado perdido, por ter perecido ou estando deteriorado, por motivo de força maior, é preciso aplicar, por analogia, o disposto no art. 148 da Lei de Execução Penal, ou seja, o juiz da execução pode, entendendo ser cabível, aplicar outra pena restritiva de direitos. Aliás, no específico caso da prestação pecuniária, o magistrado pode valer-se do disposto no § 2.º do art. 45 do Código Penal (substituição por prestação de outra natureza). Nesses casos fortuitos, não se deve deixar de cumprir a pena, nem tampouco convertê-la em privativa de liberdade, buscando-se, pois, suprir a lacuna deixada pelo legislador. Assim, em síntese: inicialmente, cabe ao Ministério Público executar as penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores, na forma do art. 164 e seguintes da LEP (pena de multa); frustrando-se o pagamento por malícia do condenado, deve haver reconversão para pena privativa de liberdade; não ocorrendo o pagamento por impossibilidade financeira ou motivo de força maior, o juiz deve aplicar outra pena restritiva de direitos. Justamente por isso é que o juiz da condenação deve reservar tais penas (prestação pecuniária e perda de bens e valores) aos réus que, efetivamente, têm condições financeiras para suportá-las, sob pena de iludir a finalidade das novas penalidades. Sobre a possibilidade de reconversão da prestação pecuniária em prisão, analisando se deveria ou não conhecer ordem de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser possível, em tese, converter a pena de prestação pecuniária em pena privativa de liberdade: “O conhecimento da presente ação de *habeas corpus* não ficará afetado

pela circunstância de haver sido aplicada, ao ora paciente, pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária a ser efetivada em favor da vítima (CP, art. 43, I, c.c. o art. 45, § 1.º, na redação dada pela Lei 9.714, de 25.11.1998), pois a pena restritiva de direito 'converte-se em privativa de liberdade, quando ocorrer descumprimento injustificado da restrição imposta' (CP, art. 44, § 4.º, na redação dada pela Lei 9.714/98)" (HC 79.865-9-Rio Grande do Sul, 2.ª T., rel. Celso de Mello, 14.03.2000, v. u.).

84. Saldo da pena privativa de liberdade após a reconversão: corrigiu-se, nesse ponto, uma injustiça anteriormente existente na lei penal. Aplicando-se, literalmente, o disposto na antiga redação do Código Penal, quando o juiz reconvertisse a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade deveria fazê-lo pelo tempo integral desta última. Portanto, se o condenado viesse cumprindo regularmente uma pena de prestação de serviços à comunidade de oito meses, por exemplo, mas abandonasse sua obrigação depois de já ter executado quatro meses, deveria haver a reconversão pelo total, ou seja, iria cumprir oito meses de reclusão ou detenção. Atualmente, o tempo já cumprido de restrição de direito será devidamente descontado, ou seja, no exemplo supramencionado, teria o sentenciado mais quatro meses a cumprir. Dispõe, ainda, a lei penal que, havendo reconversão, deverá ser respeitado o saldo mínimo de 30 dias de reclusão ou detenção. Ex.: o condenado que deixar de cumprir sua pena, faltando 15 dias para findar, deverá cumprir o mínimo de 30 dias de pena privativa de liberdade. Não teria mesmo cabimento operar a reconversão para obrigar o sentenciado a cumprir uma semana de reclusão, que não daria nem mesmo para ser fiscalizada a contento, caso fosse fixado o regime mais brando, que é o aberto.

85. Reconversão facultativa por condenação a pena privativa de liberdade: com a nova redação da lei penal, não basta, para a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, que a nova condenação seja por pena privativa de liberdade não suspensa – é imprescindível que haja impossibilidade de cumprimento cumulativo das penas (restritiva de direitos + privativa de liberdade). Assim, se a segunda pena, apesar de privativa de liberdade, for cumprida no regime aberto, mormente na modalidade de *prisão albergue domiciliar*, nada impede que o condenado execute, concomitantemente, a restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

Conversão das penas restritivas de direitos

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1.º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes,⁸⁶ ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.⁸⁷⁻⁸⁸

§ 2.º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.⁸⁹⁻⁹¹

§ 3.º A perda de bens⁹² e valores⁹³⁻⁹⁴ pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.⁹⁵

§ 4.º (*Vetado*).⁹⁶

86. Unilateralidade na imposição da pena: não depende a aplicação dessa pena de consenso ou aceitação da parte beneficiária, pois seria ilógico e inaplicável o juiz, por ocasião da sentença condenatória, abrir prazo para a manifestação de quem quer que seja. Trata-se de um problema de execução, não esclarecido pela lei, mas que pode naturalmente ser contornado. Quanto à entidade pública ou privada, é consequência natural que haverá quem se interesse por receber uma doação em dinheiro, sem qualquer ônus ou obrigação. Quanto à vítima e seus dependentes, na maior parte dos casos, a indenização deve ser prontamente recebida, até porque há uma deficiência legal no Brasil quanto à garantia de recomposição do dano causado pelo crime. Entretanto, se, eventualmente, houver recusa, o juiz, valendo-se da possibilidade de adaptar a restrição de direito aplicada, como lhe autoriza a Lei de Execução Penal, poderá destinar o dinheiro a uma entidade qualquer. A aceitação do beneficiário somente é exigível no caso do § 2.º, ou seja, prestação de outra natureza, como se verá abaixo.

87. Natureza jurídica da prestação pecuniária: trata-se de sanção penal, restritiva de direitos, embora possa ter conotação de antecipação de indenização civil. Quando a prestação pecuniária for destinada à vítima do delito ou aos seus dependentes, em futura ação de indenização civil, o valor pago será devidamente descontado, evitando-se o enriquecimento sem causa por parte do ofendido. Entretanto, se o valor for destinado integralmente à entidade pública ou privada com destinação social, a pena não tem qualquer conotação civil.

88. Hipótese de despenalização: compreendido este termo como a não aplicação de pena a uma conduta considerada criminosa – diferente da descriminalização,

que é não mais considerar crime uma conduta –, está-se diante dessa situação, no caso da prestação pecuniária, quando destinado o pagamento em pecúnia diretamente à vítima ou seus dependentes. Isto porque a lei penal estabeleceu que, efetuado o pagamento, poderá ser descontado de futura indenização civil. Ora, se assim é, qual pena efetivamente cumpriu o condenado? Em verdade, pagou ao ofendido o dano que causou, algo que seria devido de qualquer modo, passível de ser conseguido em ação civil. Por isso, determinando o juiz penal que o pagamento em dinheiro seja realizado à vítima, antecipando uma indenização civil, está-se despenalizando a conduta, de maneira indireta. Conferir na jurisprudência: TJRS: “Embora respeitável a solução adotada pela magistrada no que concerne à imposição da pena substitutiva consubstanciada em prestação pecuniária à vítima, como sendo uma forma de compelir o agente a ressarcir o prejuízo patrimonial causado, penso que não é a esfera criminal o espaço adequado para resolver matéria atinente à indenização decorrente da prática de ato ilícito” (Ap. 70009791732-Rio Grande, 6.ª C., rel. Paulo Moacir Aguiar Vieira, 21.10.2004, v. u.).

89. Prestação de outra natureza: pouco esclareceu o legislador o disposto neste parágrafo, criando uma brecha inadequada para a aplicação da lei penal. Ao estabelecer que é possível substituir a pena de prestação pecuniária por “prestação de outra natureza”, deu origem a uma pena indeterminada, o que pode tornar-se ilegal, uma vez que abusiva e inadequada. O juiz está autorizado a transformar a prestação em pecúnia em prestação de outra natureza, ou seja, não pecuniária, podendo representar a entrega de um bem ou valor (o que a confundirá com a perda de bem ou valor), equivalente ao montante da prestação (1 a 360 salários mínimos, conforme a fixa-

ção do magistrado), ou mesmo, segundo informou a Exposição de Motivos da Lei 9.714/98, consistente em entrega de cestas básicas ou fornecimento de mão-de-obra. Ora, neste último enfoque, é natural que ela precise da concordância do beneficiário, pois é mais difícil encontrar entidades ou vítimas dispostas a receber serviços diretos por parte do condenado. Há de existir cautela redobrada do juiz para impor tal prestação: primeiro, para não transformar uma prestação pecuniária em perda de bens ou valores; segundo, para não dar a ela um caráter de transação – algo não admitido, pois não se cuida de crime de menor potencial ofensivo –, o que poderia ocorrer caso fosse vulgarizada a prestação oferecida, como, por exemplo, “pintar uma cerca num final de semana”, ou a ser utilizada por ocasião da condenação (quando se ouviria a vítima antecipadamente); terceiro, porque a prestação de outra natureza não pode ser algo abusivo, como obrigar o condenado a passar semanas cuidando de crianças num orfanato, o que fatalmente iria confundi-la com a prestação de serviços à comunidade. É de se criticar, pois, o disposto neste parágrafo, devendo o juiz cuidar para que a eventual substituição tenha perfeita sintonia com a prestação pecuniária, ou seja, não podendo pagar 10 salários mínimos, v.g., o condenado poderá ser obrigado a fornecer seus serviços profissionais em tempo e quantidade equivalentes aos 10 salários (se for mecânico, ficaria obrigado a consertar veículos de um hospital público, em quantidade equivalente ao que representaria o serviço por 10 salários mínimos).

90. Competência para aplicação da prestação de outra natureza: é do juízo das execuções penais. Não é admissível que o juiz da condenação, para obter a “aceitação” do beneficiário, tenha de ouvir, antes de proferir sentença, a vítima, seus

dependentes ou qualquer entidade pública ou privada. Cabe ao juiz da execução penal, uma vez não paga a prestação pecuniária fixada, por absoluta impossibilidade financeira, transformá-la em prestação de *outra natureza*. Se o magistrado da condenação perceber que o réu não tem condições de arcar com esse tipo de pena, por ser pobre, deve optar por outra, dentre as previstas no Código Penal, pois não terá como fixar prestação de “outra natureza” sem ouvir, antes, o beneficiário. Ouvindo, estará transformando, indevidamente, sua sentença numa autêntica transação.

91. Competência para aplicação da Lei 9.714/98: a referida lei, instituindo novas penas alternativas e outras condições benéficas ao réu, é mais favorável, razão pela qual, segundo o art. 2.º do Código Penal, deve ser aplicada retroativamente. A competência para a sua aplicação é do juízo das execuções penais (TACRIM/SP [TJSP], Ap. Crim. 1.131.763-2-Osasco, 7.ª C., rel. Salvador D’Andrea, 04.03.1999, v. u., *IBCCRIM* 84/402).

92. Conceito de bem: é “coisa material ou imaterial que tem valor econômico e pode servir de objeto a uma relação jurídica. Nessa acepção, aplica-se melhor no plural. Para que seja objeto de uma relação jurídica será preciso que apresente os seguintes caracteres: a) idoneidade para satisfazer um interesse econômico; b) gestão econômica autônoma; c) subordinação jurídica ao seu titular ou tudo aquilo que pode ser apropriado” (Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, v. 1, p. 390).

93. Conceito de valor: é o “papel representativo de dinheiro, como cheque, letra de câmbio etc. (direito cambiário), ou preço de uma coisa (direito civil e comercial)” (Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, v. 1, p. 694).

94. Natureza jurídica da perda de bens e valores: trata-se de uma sanção penal, de caráter confiscatório, levando à apreensão definitiva por parte do Estado de bens ou valores de origem lícita do indivíduo. Sobre o caráter de confisco que apresenta, ver Cezar Roberto Bittencourt, *Alguns aspectos penais controvertidos do Código de Trânsito*, p. 490. Afirma a Exposição de Motivos da Lei 9.714/98 não ter tal pena a conotação de confisco, porque o crime é motivo mais do que justo para essa perda, embora não se esteja discutindo a justiça ou injustiça da medida, mas apenas o ato do Estado de apoderar-se de bens ou valores do condenado, ainda que por razão justificada. Aliás, a perda dos instrumentos e produtos do crime em favor do Estado (art. 91, CP) também é chamada de confisco e há justa causa para tanto. A Constituição Federal expressamente previu tal modalidade de pena (art. 5.º, XLVI, b), de modo que se trata de um “confisco legal”.

95. Licidade do patrimônio e limite para a perda: é preciso esclarecer que os instrumentos utilizados para a prática do crime, o produto do delito ou o valor auferido como proveito pela prática do fato criminoso são confiscados, como efeito da condenação (art. 91, CP), não sendo cabível aplicar, como pena restritiva de direitos, a perda desses objetos ou valores. A perda deve recair sobre patrimônio de origem lícita do sentenciado, justamente para ter o caráter aflictivo de pena. Por outro lado, o limite para a imposição dessa penalidade, a fim de não se tornar abusiva e autenticamente um confisco sem causa, é o montante do prejuízo produzido (ex.: no crime de dano, o valor do bem destruído) ou do provento obtido pelo agente (ex.: no crime de furto, o valor conseguido pelo criminoso, inclusive com os lucros auferidos). Leva-se em conta o maior valor.

96. Veto presidencial: trata-se de consequência natural do veto à pena de recolhimento domiciliar, pois era a maneira de seu cumprimento.

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas⁹⁷ é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.⁹⁸

§ 1.º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2.º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.⁹⁹

§ 3.º As tarefas a que se refere o § 1.º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado,¹⁰⁰ devendo ser cumpridas à razão de 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.¹⁰¹

§ 4.º Se a pena substituída for superior a 1 (um) ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à 1/2 (metade) da pena privativa de liberdade fixada.^{102-102-A}

97. Natureza jurídica da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: é pena restritiva de direitos, embora com conotação privativa de liberdade, pois o condenado fica sujeito a recolher-se em entidades públicas ou privadas, durante determinadas horas da sua semana, para atividades predeterminadas. Explica Sérgio Salomão Shecaira: “As penas restritivas de direitos molestem o exercício do direito de liberdade, sem, contudo, retirar o homem do convívio social. Eis aí a diferença da pena prisional” (*Prestação de serviços à comunidade*, p. 45).

98. Exigência de pena superior a seis meses: somente após a edição da Lei 9.714/98 estabeleceu-se um piso mínimo para a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade, provavelmente para incentivar o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento – afinal, é dificultosa a mobilização para cumprir apenas um ou dois meses de prestação de serviços, escolhendo o local, intimando-se o condenado e obtendo-se resposta da entidade a tempo de, se for o caso, reconverter a pena em caso de desatendimento.

99. Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente: prevê-se, nessa lei, que a prestação de serviços à comunidade consistirá na atribuição de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação ambiental. Quando se tratar de dano ao particular, poderá consistir na restauração, se for possível. A pessoa jurídica, por sua vez, deverá prestar os seguintes serviços à comunidade: a) custeio de programas e projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos; d) contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

100. Tarefas conforme a aptidão do condenado: trata-se de justa disposição feita pela lei, pois não é de se admitir que a pena de prestação de serviços à comunidade, através da reeducação pelo trabalho, transforme-se em medida humilhante ou cruel. Por isso, torna-se indispensável estabelecer ao condenado atividades que guardem sintonia com suas aptidões. Não há razão para se colocar um médico, v.g., lavando roupa num hospital, se ele poderia ali estar oferecendo seus préstimos e dando consultas.

101. Hora-tarefa: o legislador optou por um sistema diferente do anterior, quando o condenado cumpria sete horas por semana, durante todo o montante da pena fixada, sem poder finalizar antecipadamente. Atualmente, é preciso converter a pena em dias para se ter noção do número de horas que devem ser prestadas pelo sentenciado, inclusive porque ele pode pretender antecipar o cumprimento. Assim, há maior flexibilidade na prestação dos serviços, podendo ser fixado um cronograma de trabalho variável, tudo para não prejudicar a jornada normal de labor do condenado. Não deixa de haver certa contradição desse dispositivo com o art. 10 do Código Penal, que prevê a contagem dos dias, meses e anos pelo calendário comum, vale dizer, sem converter anos em meses, meses em dias ou dias em horas. No caso do art. 46, § 3.º, do Código Penal, no entanto, se o juiz não converter a pena estabelecida (meses ou anos) em um número certo de dias para, depois, encontrar o número de horas, fica praticamente impossível cumpri-la a contento. Trata-se, pois, de uma exceção somente para a execução penal.

102. Antecipação do cumprimento: o condenado pode antecipar a finalização da sua pena, desde que o montante ultrapasse um ano, justamente porque se aumentou o teto para a substituição para 4 anos. Seria injusto obrigar o condenado a permanecer por 4 anos prestando serviços a alguma entidade, diária ou semanalmente, sem que pudesse antecipar o cumprimento. Para não banalizar a antecipação, entretanto, prescreveu a lei que o término prematuro só possa atingir metade da pena fixada. Ex.: se o condenado recebeu 2 anos de reclusão, substituída por 2 anos de prestação de serviços à comunidade, tem a oportunidade de antecipar um ano. Portanto, durante um ano *deverá* cumprir a pena, podendo resgatar

antecipadamente o outro ano. Destaque-se que a antecipação não pode ser obrigação estabelecida pelo juiz da condenação ou da execução, pois a lei é clara ao mencionar que é *facultativa*.

102-A. Inexistência de local apropriado para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: embora atualmente tal situação seja rara de ocorrer, não é impossível. E assim sendo, há, em nosso ponto de vista, somente duas soluções viáveis: a) aguardar a prescrição, enquanto o Estado não oferece condições concretas para o cumprimento da pena, o que é o correto, já que o mesmo se daria se estivesse foragido; b) dá-se a pena por cumprida, caso o tempo transcorra, estando o condenado à disposição do Estado para tanto. Esta não é a melhor alternativa, pois, paralelamente, somente para ilustrar, sabe-se que muitos mandados de prisão deixam de ser cumpridos por falta de vagas em presídios e nem por isso as penas “fingem-se” executadas.

Interdição temporária de direitos¹⁰³

Art. 47. As penas de interdição temporária de direitos são:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;¹⁰⁴

II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;^{105-105-A}

III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;¹⁰⁶

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.¹⁰⁷

103. Lei dos crimes ambientais: para a pessoa jurídica, estabelece-se, como interdição temporária de direitos, a suspensão

total ou parcial das atividades, quando não obedecer às disposições legais ou regulamentares de proteção ao meio ambiente; a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade, caso esteja funcionando sem autorização; a proibição de contratar com o poder público, ou dele receber subsídios, subvenções ou doações, por até 10 anos (art. 22, Lei 9.605/98). Para a pessoa física, aplicam-se as restrições que forem compatíveis, nos termos do art. 8.º da Lei 9.605/98.

104. Proibição concernente à esfera pública de atividade: utiliza-se o inciso I para proibir o sujeito de exercer cargo, função ou atividade *pública*, bem como mandato eletivo, que não deixa de ser um cargo público.

105. Proibição concernente à esfera privada: utiliza-se o inciso II para proibir o condenado de exercer profissão, atividade ou ofício dependentes de autorização ou regulamentação do poder público, embora se encontrem na esfera privada.

105-A. Da inviabilidade da pena de interdição temporária de direitos: as modalidades de penas previstas no art. 47 do Código Penal (proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de freqüentar lugares) são totalmente dissociadas dos propósitos regeneradores da pena. Qual a utilidade de se proibir o condenado de exercer uma profissão ou atividade lícita? Nenhuma. Se ele errou no exercício funcional, certamente, deve pagar pelo que fez, mas jamais com a imposição estatal de não poder se auto-sustentar. Caso o erro

seja muito grave, deve deixar o cargo, a função, a atividade, o mandato, o ofício ou a profissão em definitivo. A proibição temporária é mais severa, pois implica em desorientação e desativação da vida profissional, seja ela qual for, por um determinado período, vale dizer, não se parte para outro foco de atividade de uma vez por todas, porém, não se sabe se haverá condições de retornar ao antigo posto com dignidade. Imagine-se o médico que seja obrigado a permanecer um ano sem exercer sua profissão. Ele fecha o consultório, dispensa os pacientes e faz o que da sua vida? Sustenta a si e à sua família de que modo? Não se tem notícia de sucesso nessa jogada do Estado para punir crimes cometidos no exercício profissional. Por outro lado, passado um ano, como esse médico terá condições de reabrir o consultório e reativar sua antiga clientela? É humanamente impossível tal proeza, mormente em cidades do interior, onde todos conhecem o que se passa e torna-se inviável ocultar o cumprimento da pena. Se ele for obrigado a mudar de cidade para retomar sua vida, recria-se a pena de banimento indireto ou mesmo de ostracismo, o que é cruel. Somos contrários à proibição de exercício profissional de qualquer espécie.

106. Derrogação do inciso III: diante do disposto no Código de Trânsito Brasileiro, que regulou, completamente, a pena de suspensão ou proibição de dirigir veículos, bem como sendo necessária a aplicação deste dispositivo somente aos crimes de trânsito, como determina o art. 57 do Código Penal, está ele parcialmente revogado, restando unicamente a possibilidade de o juiz determinar a suspensão de autorização para dirigir veículo, que não foi prevista na Lei do Trânsito. A autorização destina-se a ciclomotores, conforme expomos em nosso *Crimes de trânsito*, p. 12-13.

107. Inutilidade do preceito: a proibição de freqüentar determinados lugares é uma condição imposta no contexto de outras penas ou benefícios da execução penal ou de leis especiais, como o livramento condicional (art. 132, § 2.º, c, da Lei de Execução Penal), o regime aberto (art. 115 da Lei de Execução Penal, como condição geral), a suspensão condicional da pena (art. 78, § 2.º, a, do Código Penal) ou a suspensão condicional do processo (art. 89, § 1.º, II, da Lei 9.099/95). Ainda assim é quase impossível a sua devida fiscalização, podendo-se, eventualmente e de maneira casual, apenas descobrir que o condenado ou réu vem freqüentando lugares proibidos, como botequins ou zonas de prostituição. Estabelecer tal proibição como pena restritiva de direitos autônoma e substitutiva da privativa de liberdade, com a devida vênia, foi um arroubo. Imagine-se substituir uma pena de furto qualificado de dois anos de reclusão pela proibição de freqüentar bares e boates por igual prazo... Se já existe descrédito na sua efetivação como condição de pena ou benefício, não cremos deva o juiz aplicá-la como alternativa à privativa de liberdade. Quiçá no futuro, quando o sistema penitenciário e de execução penal possuir efetivos métodos de cumprimento e fiscalização de penas alternativas e benefícios legais.

Limitação de fim de semana

Art. 48. A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.¹⁰⁸

Parágrafo único. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

108. Inexistência de local adequado: nas comarcas onde não houver Casa do Albergado ou local específico para reter o condenado por 5 horas aos sábados e domingos, ministrando-lhe palestras ou cursos, deve ser essa pena evitada, para não gerar franca impunidade. Não é de se admitir que, nos moldes do regime aberto, a cumpra o sentenciado em seu próprio domicílio (prisão albergue domiciliar), pois totalmente inexecutável, por falta de fiscalização e adequação às finalidades da pena. Houve caso de magistrado que determinou o recolhimento do condenado à sua casa, nos fins de semana, *sob fiscalização da esposa*, o que foi naturalmente reformado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 603/327).

Seção III Da pena de multa

Multa¹⁰⁹

Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário¹¹⁰ da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.¹¹¹⁻¹¹² Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1.º O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo¹¹³ mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

§ 2.º O valor da multa será atualizado,¹¹⁴ quando da execução, pelos índices de correção monetária.¹¹⁵

109. Conceito de multa: é uma sanção penal consistente no pagamento de uma determinada quantia em pecúnia, previamente fixada em lei.

110. Fundo penitenciário: trata-se, no caso do Estado de São Paulo, do FUNPESP

(Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo), podendo haver iguais fundos em outras unidades da federação. Preceitua o art. 2.º, V, da Lei Complementar federal 79/94, que cria o Fundo Penitenciário Nacional, que constituem recursos do FUNPEN as “multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado”. Entretanto, não especifica a origem de tais multas, isto é, se decorrentes de crimes previstos no Código Penal ou em leis especiais. O entendimento firmado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, bem como pela Secretaria da Justiça, não questionado pela União, foi no sentido de que a lei complementar federal mencionada não confere exclusividade ao Fundo Penitenciário Nacional para ser o único destinatário das multas criminais aplicadas. Afinal, a matéria vincula-se ao direito penitenciário, proporcionando a Constituição competência concorrente para legislar sobre o assunto tanto à União quanto aos Estados e Distrito Federal (art. 24, I). Assim, quando a lei federal dispuser especificamente sobre o destino da multa, cabe-lhe decidir em última análise. Porém, quando nada mencionar a respeito, possibilita ao Estado a destinação da pena pecuniária para fundo de sua administração, como determina a Lei estadual 9.171/95 (FUNPESP). Em síntese, pois, o que se vislumbra é a possibilidade de a União e o Estado legislar, concorrentemente, sobre direito penitenciário – matéria que versa sobre a destinação do valor da multa –, de forma que a mera criação do Fundo Penitenciário Nacional não faz destinar todas as penas pecuniárias para os cofres da União, sendo indispensável que haja expressa previsão legal para isso se dar. O Estado de São Paulo criou o Fundo Penitenciário Estadual, mencionando expressamente que as multas aplicadas em decorrência de crimes previstos no Código Penal lhe são

destinadas. No mesmo prisma, confira-se a lição de Fernando Galvão: “Não se pode interpretar que a Lei Complementar 79/94 discipline a destinação das multas aplicadas no âmbito da Justiça Estadual. Em primeiro lugar, porque ela não se refere às condenações proferidas na Justiça Estadual. Depois, porque a interpretação de que a lei complementar refere-se indistintamente às multas aplicadas na Justiça Estadual e Federal impõe forma centralizada de controle que desrespeita a competência legislativa concorrente dos Estados-membros para dispor sobre os interesses locais. É o Estado-membro que deve disciplinar como aplicar os recursos provenientes das multas provenientes de condenações criminais proferidas no âmbito da sua justiça. A disciplina estadual deve atender aos princípios gerais estabelecidos na norma federal, mas a competência legislativa da União é restrita à edição de normas gerais” (*Direito penal – Parte geral*, p. 564).

111. Critério para a fixação da pena de multa: a individualização da pena pecuniária deve obedecer a um particular *critério bifásico*: a) firma-se o número de dias-multa (mínimo de 10 e máximo de 360), valendo-se do sistema trifásico previsto para as penas privativas de liberdade; b) estabelece-se o valor do dia-multa (piso de 1/30 do salário mínimo e teto de 5 vezes esse salário), conforme a situação econômica do réu. Analisando, em maior profundidade, a questão relativa à aplicação da pena pecuniária (em nosso *Individualização da pena*, tópico 6.3.1.2.1), observamos que nada impede – ao contrário, tudo recomenda – utilize o julgador o mesmo critério estabelecido pelo art. 68 do Código Penal para a concretização do número de dias-multa. Portanto, levará em consideração não somente as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), como também as agravantes e atenuantes, além das causas de aumento

e diminuição da pena. Tal medida permite ao réu conhecer exatamente os passos que levaram o magistrado a chegar a determinado número de dias-multa. Não há uniformidade quanto a tal método. Determinados julgados continuam entendendo ser suficiente, para o estabelecimento do número de dias-multa, apenas a avaliação dos requisitos do art. 59 do Código Penal. Nessa ótica: TRF-4.^a Região: “A pena de multa segue o critério bifásico para ser estabelecido, seguindo-se, na primeira fase, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, e, na última, as condições econômicas do réu” (Ap. 2001.04.01.056953-8-RS, 7.^a T., rel. Vladimir Freitas, 06.08.2002, v. u.). Portanto, a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade. Se apenas a sanção pecuniária for aplicável, o juiz segue o critério trifásico do art. 68 do CP, para, depois, estabelecer o valor do dia-multa. Ilustrando, um condenado que mereça pena privativa de liberdade acima do mínimo legal fará com que o julgador eleve, igualmente, o número de dias-multa. Outro sentenciado, cuja pena privativa de liberdade for fixada no mínimo legal, merece a sanção pecuniária em idêntico patamar. Não se pode olvidar, entretanto, o peculiar fator determinado pela lei para a fixação da pena de multa: o magistrado deve atentar *principalmente* para a situação econômica do réu (art. 60, *caput*, CP). Verificando-se que sua situação financeira é consistente e elevada, deverá ter o valor de cada dia-multa estabelecido em valores superiores a um trigésimo do salário mínimo. Se, feito isso, continuar insuficiente, pode o juiz elevar o número de dias-multa. O mais relevante é que a sanção pecuniária tenha repercussão considerável no patrimônio do condenado. Não se compreende a razão pela qual haja, atualmente, tanto descuido para a fixação da pena de multa, tratando o julgador, por vezes,

com minúcia da pena privativa de liberdade e *padronizando* a multa em “10 dias-multa, calculado cada dia no mínimo legal”.

112. Exceções ao critério do dia-multa: existem exceções a esse critério, estabelecidas em leis penais especiais e também no Código Penal. Exemplo deste último é o art. 244 (abandono material), que fixa a pena em salário mínimo (“Pena – detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País”). Quanto às leis especiais, podem-se mencionar as disposições da Lei 8.245/91 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos), que prevê multa equivalente ao valor do último aluguel atualizado, ou a Lei 8.666/93 (licitações), que trata da multa como percentual da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente da licitação fraudulenta.

113. Constitucionalidade da fixação do valor do dia-multa em salário mínimo: há quem sustente ser inconstitucional o estabelecimento de sanção penal valendo-se do salário mínimo como base para o cálculo, pois o art. 7.º, IV, da Constituição vedou a sua “vinculação para qualquer fim”. Entretanto, essa não é a posição majoritária – nem acertada, em nosso entender. É nítida a finalidade do referido art. 7.º: se o salário mínimo é nacionalmente unificado e deve atender às necessidades básicas de quem o recebe, além de dever ser reajustado com periodicidade, para lhe preservar o *poder aquisitivo*, é certo que a vedação para vinculá-lo a *qualquer fim* tem o objetivo de impedir a sua utilização como índice econômico. Se assim fosse feito, cada vez que houvesse um aumento salarial, os preços subiriam e de nada teria valido o aumento concedido. Logicamente que, sendo usado somente para efeito penal, não há nenhuma possibilidade disso ocorrer, de modo que

está atendida a finalidade do constituinte. No prisma de que a finalidade foi evitar a “indexação da economia” através do salário mínimo, embora tratando de outro tema, está a posição do Supremo Tribunal Federal “O art. 7.º, IV, da Constituição de 1988 dispõe que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. Essa norma tem, evidentemente, caráter de vedação absoluta, tendo em vista que sua finalidade foi, precipuamente, a de não permitir que, sendo ele utilizado como *parâmetro indexador de obrigação de qualquer natureza*, se criassem dificuldades para os aumentos efetivos do valor deste pela extensão de seu reflexo ocasionado por essa utilização” (RE 208.684-SP, 1.ª T., rel. Moreira Alves, 26.03.1999, v. u., DJ 18.06.1999, p. 25 – tratando de adicional de insalubridade, art. 3.º da Lei Complementar 432/85, de São Paulo, revogada pelo art. 7.º, IV, da CF). O contexto da vedação deve ser corretamente analisado, pois está se tratando dos “direitos sociais”, e não dos individuais, onde estaria inserido o direito penal. Aliás, como bem salienta Vicente Greco Filho, “se pensamos em ‘dia-multa’, queremos, de certa forma, vincular o valor da pena a um período salarial ou de trabalho do acusado, de modo que a sanção corresponda não apenas a uma quantidade de dinheiro, mas também a uma parcela do esforço pessoal do réu” (*Tóxicos*, p. 183). Por isso, está correta a correlação do dia-multa com o salário mínimo, ressaltando-se que o Código de Trânsito Brasileiro, lei publicada em 1997, tornou a revalidar, expressamente, a existência do art. 49, § 1.º, do Código Penal (art. 297).

114. Constitucionalidade da atualização monetária da multa: há quem defenda ser inconstitucional a incidência de correção monetária sobre a pena de multa, pois isso seria equivalente a estabelecer uma “pena indeterminada”, o que fere o princípio da

legalidade. O réu não saberia, por ocasião da prolação da sentença, o *quantum* a que estaria obrigado a pagar. Além disso, argumenta-se que, por incidir correção monetária sobre o valor fixado em salário mínimo, estaria havendo *bis in idem*, uma vez que o salário mínimo é variável e a correção também – seria uma “atualização de atualização”. Tais fundamentos, com a devida vênia, não convencem. Em primeiro lugar, é preciso destacar que a correção monetária não é pena, mas uma simples atualização do valor da moeda. Não se está “aumentando” a penalidade aplicada ao réu, sem que ele saiba quanto exatamente vai pagar. Ao contrário. A sanção é fixada em dias-multa com base no salário mínimo da *época do fato*, de modo que a atualização monetária pode ser feita por qualquer pessoa, não se constituindo em algo imponderável. Por outro lado, se o valor do salário mínimo é o vigente à época do fato, é preciso destacar que não há “atualização sobre atualização”, mas uma única: a partir da data do fato em diante. Não variam, ao mesmo tempo, o salário mínimo e a correção monetária. Assim também o ensinamento de Jair Leonardo Lopes (*Curso de direito penal – Parte geral*, p. 199).

115. Termo inicial de incidência da correção monetária: muito já debateram a doutrina e a jurisprudência acerca dessa questão, havendo posições sustentando que o início da atualização monetária deveria ser a partir da data da sentença condenatória (quando se concretiza a sanção penal), a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para o réu (momento em que ela se torna imutável para quem deve pagar), a partir do trânsito em julgado para as partes (instante em que o título se torna passível de execução), a partir da citação do réu para pagamento (quando a multa se torna exigível), a partir dos 5 dias – utilizando a Lei 6.830/80 – decorridos da citação (quando há mora) ou

a partir de 10 dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória (aplicação do art. 50, CP), embora tenha se tornado majoritária – e correta – a posição que defende a incidência da correção monetária a partir da data do cometimento da infração penal. Esta última é a posição acertada, porque o valor do dia-multa, como demonstra o § 1.º do art. 49, estabelecido com base no salário mínimo, leva em conta o salário vigente “ao tempo do fato”. Logo, é perfeitamente natural que se atualize a multa, para que ela não decresça o seu montante, ligado à desvalorização da moeda, deixando de ter caráter aflitivo e tornando-se, até mesmo, inexecutível, a partir da data do fato. Nem se diga que está havendo “retroatividade” indevida, pois a correção monetária não é pena, mas simples atualização do valor da moeda.

Pagamento da multa

Art. 50. A multa¹¹⁶ deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença.¹¹⁷ A requerimento do condenado¹¹⁸ e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.¹¹⁹

§ 1.º A cobrança da multa pode efetuar-se mediante desconto no vencimento ou salário do condenado quando:

- a) aplicada isoladamente;
- b) aplicada cumulativamente com pena restritiva de direitos;
- c) concedida a suspensão condicional da pena.

§ 2.º O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família.¹²⁰

116. Multa irrisória: há duas posições em relação à sua cobrança: a) não se executa, pois o Estado irá despendar enorme quantia com o processo executivo e o condenado não sentirá nem mesmo o efeito aflitivo da

sanção penal; b) executa-se, pois a pena é inderrogável e o Estado deve cobrá-la. Embora esta última seja a posição mais técnica, cremos melhor a primeira, pelo princípio de que toda sanção penal deve implicar em algum tipo de aflição, o que não ocorre se a multa for irrisória. Além disso, já houve e ainda pode haver períodos de inflação no País, com a alteração da moeda vigente, tornando impossível cobrar a multa, pois o valor passa a ser nitidamente inexecutável. Entretanto, se houver atualização monetária incidindo sempre sobre o valor da multa a partir da data do fato, torna-se praticamente impossível haver valor irrisório.

117. Pagamento espontâneo: preceitua a lei que o condenado, ocorrido o trânsito em julgado, tem o prazo de 10 dias para recolher a multa. Não o fazendo, deve-se extrair certidão da sentença condenatória para que o Ministério Público possa promover a execução, atualmente nos termos da Lei 6.830/80 e não mais seguindo o disposto no art. 164 da Lei de Execução Penal, como veremos nos comentários ao art. 51.

118. Condenado preso e cobrança da multa: pode-se cobrar, se o sentenciado trabalhar e tiver remuneração. Nesse caso, desconta-se uma quantia – de 1/4 a 1/10, conforme o caso – do que perceber. A execução, no entanto, só tem início quando ele estiver em liberdade, mesmo que em gozo de livramento condicional ou outro benefício (art. 170, LEP).

119. Parcelamento da multa: trata-se de uma possibilidade ainda existente, embora se esteja seguindo o procedimento previsto na Lei de Execução Fiscal e não na Lei de Execução Penal. Não há conflito, uma vez que o interesse do Estado é que o condenado pague a multa, sofrendo a sanção cabível. Assim, de acordo com o disposto nos arts. 168 e 169 da Lei de Execução Penal, pode-se determinar a cobran-

ça da multa através de desconto no vencimento ou salário do condenado, observado o limite máximo de 1/4 da remuneração percebida e o mínimo de 1/10. O parcelamento pode ser requerido pelo sentenciado e concedido pelo juiz, para ser realizado em prestações iguais e sucessivas, de acordo com a situação econômica que apresente.

120. Valor máximo e mínimo do desconto: como mencionado, o valor não pode ser superior a 1/4 do salário do condenado nem inferior a 1/10.

Conversão da multa e revogação¹²¹

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública,¹²² inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.¹²³

§ 1.º (Revogado pela Lei 9.268/96.)

§ 2.º (Revogado pela Lei 9.268/96.)

121. Habeas corpus e pena de multa: o uso do *habeas corpus*, para discutir questões concernentes à multa, é incabível, por ausência de constrangimento à liberdade, mormente hoje, quando não mais cabe a conversão da pena pecuniária em privativa de liberdade. Nesse enfoque: STF: HC 73.929-6-SP, 1.ª T., rel. Ilmar Galvão, v. u., DJ 20.09.1996 (“parece efetivamente assentado nesta Corte que a pena de multa não comporta impugnação por via de *habeas corpus*. Entendimento agora reforçado com a edição da Lei 9.268, de 1.º.04.1996, que afastou a conversão em prisão, ao preconizar a sua exigência em espécie, por meio de instauração de execução forçada”). Idem: HC 75.778-2-SP, Plenário, rel. Néri da Silveira, v. u., DJ 10.10.1997, p. 50.887; HC 79.598-6-MG, rel. Celso de

Mello, 25.10.1999, citando vários precedentes da Corte, *DJ* 04.11.1999, p. 6; STJ: “A questão da exasperação imotivada da pena de multa não se insere no âmbito de conhecimento da impetração, pois não ameaça nem aniquila o direito ambulatorial do paciente, fundamento único desse tipo de ação mandamental” (HC 9.124-SC, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 18.05.1999, v. u., *DJ* 14.06.1999, p. 230). Idem: HC 8.857-RS, rel. Edson Vidigal, 03.08.1999, decisão *in limine* pelo relator, *DJ* 13.08.1999, p. 247.

122. Multa como dívida de valor: a Lei 9.268/96 modificou o procedimento de cobrança da pena de multa, ao passar a considerá-la uma dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas relativas à dívida da Fazenda Pública. A meta pretendida era evitar a conversão da multa em prisão, o que anteriormente era possível. Não se deve, com isso, imaginar que a pena de multa transfigurou-se a ponto de perder a sua identidade, ou seja, passaria a ser, em sua natureza jurídica, uma sanção civil. Em hipótese nenhuma poderíamos admitir essa inversão. Continua, por certo, a ser sanção penal. Tanto assim que, havendo a morte do agente, não se estende a cobrança da multa aos seus herdeiros, respeitando-se o disposto na Constituição Federal de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5.^o, XLV). Segundo o que vimos defendendo, deve ela ser executada pelo Ministério Público, na Vara das Execuções Penais, embora seguindo o rito procedimental da Lei 6.830/80, naquilo que for aplicável. Antes, porém, passamos a considerar correta a posição jurisprudencial que determina dever o juiz da condenação ou o da execução penal mandar intimar o condenado, nos termos do art. 50 do Código Penal, a pagá-la em dez dias, voluntariamente. Se houver insucesso, o

executado deve ser citado (pelo correio, pessoalmente ou por edital) para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida atualizada pela correção monetária. O devedor, então, pode efetuar o depósito, oferecer fiança bancária, nomear bens à penhora ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e devidamente aceitos. Se não o fizer, devem ser penhorados bens suficientes para garantir a execução. Após, realizar-se-á leilão público. Em posição similar está a lição de Fernando Galvão (*Direito penal – Parte geral*, p. 567). A matéria, no entanto, permanece controversa, existindo quem sustente ser a multa, como dívida de valor que é, passível de execução pela Fazenda Pública, na Vara das Execuções Fiscais. A jurisprudência ainda não firmou posição definitiva sobre o tema, embora a maioria esteja optando por remeter a execução ao juízo cível. No Estado de São Paulo, atualmente, a pena pecuniária vem sendo executada pela Procuradoria Fiscal na Vara das Execuções Fiscais. Há vários inconvenientes para tanto, podendo-se destacar, dentre os principais, os seguintes: *a)* a multa penal deve ser cobrada com todo empenho possível, ainda que de baixo valor, para não gerar o sentimento de impunidade – afinal, trata-se de condenação na esfera criminal, muitas vezes substitutiva da pena privativa de liberdade; *b)* o excesso de execuções fiscais e os valores baixos das multas estabelecidas desestimulam os procuradores e demais agentes da Execução Fiscal a promover a efetiva cobrança; *c)* a certidão de dívida ativa não contém dados do processo criminal que a originou, de modo que, quando o executado morre, não se sabe a quem remeter o feito para que seja julgada extinta a punibilidade. Na prática, tem-se arquivado a execução, permanecendo em aberto a questão penal. Confirmam-se as *duas posições*: *a)* continua sendo competente o juízo da execução penal, promovida a exe-

cução pelo Ministério Público (variando o rito: ora se entende ser o do art. 164 e seguintes da LEP, ora o da Lei 6.830/80): TJSP: “Multa – Cobrança executória – Competente o Juízo das Execuções Criminais – Legitimidade do Ministério Público para a promoção – Art. 51 do Código Penal com a redação determinada pela Lei 9.268/96. A Lei 9.268/96, ao dar nova redação ao art. 51 do Código Penal, não alterou a competência para a cobrança executória da pena de multa, que continua sendo do Juízo das Execuções Criminais, regido o processo pelos artigos 164-169 da Lei de Execuções Penais e legitimado o Ministério Público para sua promoção e acompanhamento” (Ag. 227.174-3-SP, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 17.06.1997, v. u.); “A expressão da Lei 9.268/96 ‘será considerada’ dívida de valor significa no texto será tida ‘na conta de’, ‘reputada’, ‘julgada’ dívida de valor, importando em equiparação para efeitos restritos (forma de atualização, causas interruptivas e suspensivas da prescrição e procedimento a ser observado na cobrança), e não em alteração da natureza da pena pecuniária” (Ag. 234.428-3-SP, 5.^a C., rel. Dante Busana, v. u.). Idem: Ag. 220.031-3/7-SP, rel. Luiz Pantaleão, 15.04.1997, v. u.; Ap. Cív. 32.810-5-Mauá, 1.^a C., rel. Cauduro Padin, v. u.; TACRIM/SP, 14.^a C., rel. Haroldo Luz, 29.04.1997, v. u., RT 744/600; 11.^a C., rel. Xavier de Aquino, 09.12.1996, v. u., RT 740/620; Ag. 1038253/7-SP, 15.^a C., rel. Carlos Biasotti, 06.03.1997, v. u.; Ag. 1.045.375/1-SP, 15.^a C., rel. Geraldo Lucena, 03.02.1997, v. u.; AgExec 1.161.731/7-SP, 1.^a C., rel. Eduardo Goulart, 02.12.1999, v. u.; AgExec 1.172.165/1-SP, 2.^a C., rel. Osni de Souza, 09.12.1999, v. u. Nesse prisma encontra-se a Súmula 2 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (“A execução da pena de multa criminal deve ser proposta no juízo das execuções penais e terá o rito previsto para as execuções

fiscais”); TJMG: Ag. 2.0000.00.497089-4, 5.^a C., rel. Antônio Armando dos Anjos, 06.09.2005, v. u., DJ 01.10.2005; Ag. 2.0000.00.515198-8, 5.^a C., rel. Maria Celeste Porto, 30.08.2005, v. u., DJ 24.09.2005; Ag. 1.0000.05.417087-3, 1.^a C., rel. Gudesteu Biber, 21.06.2005, v. u., DJ 02.08.2005; Ag. 1.0000.03.403051-0, 1.^a C., rel. Gudesteu Biber, 02.03.2004, v. u., DJ 05.03.2004; CC 2.0000.00.461930-3, 2.^a C. Mista do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (hoje incorporado ao Tribunal de Justiça), rel. Alexandre Victor de Carvalho, 09.11.2004, v. u., DJ 20.11.2004; b) a *cobrança da multa passou à competência da Fazenda Pública na Vara de Execuções Fiscais*: STJ: “A orientação da Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou-se no sentido de que compete ao Juízo da Execução Penal determinar a intimação do condenado para realizar o pagamento da pena de multa, a teor do que dispõe o art. 50 do Código Penal; e, acaso ocorra o inadimplemento da referida obrigação, o fato deve ser comunicado à Fazenda Pública a fim de que ajuíze a execução fiscal no foro competente, de acordo com as normas da Lei 6.830/80, porquanto a Lei 9.268/96, ao alterar a redação do art. 51 do Código Penal, afastou a titularidade do Ministério Público” (REsp 459.750-SP, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 24.06.2003, v. u.). Igualmente: “A Lei 9.268/96, que deu nova redação ao art. 51, do Código Penal, estabelece que, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a pena de multa será considerada dívida de valor e deverá ser cobrada pela Fazenda Pública, de acordo com as regras que regem as execuções fiscais em geral. Entretanto, antes da execução da pena de multa pela Fazenda Pública no foro competente para as execuções fiscais, o condenado tem o prazo de 10 (dez) dias para efetuar o pagamento, conforme estabelece o art. 50, do Código Penal. Acaso o conde-

nado quede-se inerte, o Juízo das Execuções Penais deve comunicar o fato à Fazenda Pública, que procederá a execução no Juízo competente, de acordo com o exposto na Lei 6.830/80" (CC 29.519-RJ, 3.^a Seção, rel. Fontes de Alencar, 24.10.2001, v. u., *DJ* 04.02.2002); "Multa imposta em processo criminal (Código Penal, art. 51) – Lei 9.268/96 – Cobrança – Ilegitimidade do Ministério Público estadual – Legitimidade da Fazenda Pública" (Conflito de Atribuições 76-RJ, 1.^a Seção, rel. Humberto Gomes de Barros, 28.04.1999, v. u., *DJ* 31.05.1999, p. 71); "Pena de multa imposta em processo criminal – Ilegitimidade do Ministério Público em promover a sua execução – Legitimidade da Fazenda Pública – Recurso especial conhecido e provido" (REsp 162.265-SP, 1.^a T., rel. José Delgado, 17.03.1998, v. u.); REsp 175.912-SP, 2.^a T., rel. Adhemar Maciel, 09.10.1998, *DJ* 01.02.1999, p. 160; TJSP: 2.^a C. Criminal, rel. Canguçu de Almeida, 16.12.1996, v. u., *Lex* 191/343; 2.^a C. Criminal, rel. Ângelo Gallucci, 12.05.1997, v. u., *RT* 744/583; 6.^a C. Criminal, rel. Augusto César, m. v., 27.12.1996, *RT* 740/596; 1.^a C. Criminal, rel. Fortes Barbosa, Ag. 228.657-3-SP, v. u.; 4.^a C. Criminal, rel. Passos de Freitas, Ag. 237.141-3-SP, v. u.; 8.^a C. Direito Público, rel. Toledo Silva, Ap. Cív. 36.194-5-Mauá, v. u.; 2.^a C. Direito Público, rel. Alves Bevilacqua, Ap. Cív. 36.347-5-Mauá, m. v.; 5.^a C. Direito Público, rel. Alberto Gentil, Ap. Cív. 27.575-5-Mauá, v. u.; 9.^a C. Direito Público, rel. De Santi Ribeiro, Ap. Cív. 37.419-5, Jundiaí, v. u.; Ap. 269.098-3, 4.^a C., rel. Passos de Freitas, 21.11.2000, v. u., *JUBI* 55/01; Apelação cível 173.715-5, 9.^a C. Direito Público, rel. Gonzaga Franceschini, 11.05.2005, m. v.; TJRS: "Com a edição da Lei 9.268/96, que conferiu nova redação ao art. 51 do Código Penal, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor e, como tal, sua execução está

sujeita às normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública. Desde então, tratando-se de multa cumulativa, ao juízo da Vara de Execução Penal, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, competirá apenas intimar o condenado para que efetue o respectivo pagamento, no prazo fixado no artigo 50 do Código Penal. Em caso de inadimplemento, será extraída certidão e encaminhada à Fazenda Pública Estadual, a quem incumbirá, se for o caso, promover a execução da dívida, no juízo especializado, segundo as normas atinentes à espécie" (Ag. 70012249520, 8.^a C., rel. Fabianne Breton Baisch, 17.08.2005, v. u.).

123. Causas interruptivas e suspensivas da prescrição: suspende-se a prescrição enquanto não for localizado o devedor ou não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (art. 40 da Lei 6.830/80). Segundo o disposto no art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, interrompe-se a prescrição: "I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; II – pelo protesto judicial; III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor". O prazo prescricional continua regido pelo Código Penal, art. 114.

Suspensão da execução da multa

Art. 52. É suspensa a execução da pena de multa, se sobrevém ao condenado doença mental.¹²⁴

124. Suspensão da execução: No mesmo sentido está o art. 167 da Lei de Execução Penal. Respeitam-se, nesse caso, para efeito prescricional, os prazos estipulados no art. 114 do Código Penal.

Espécies de Penas

Art. 32 do CP

I) *Privativas de liberdade*

Art. 33, CP

Art. 6.º, Lei de Contravenções
Penais

- a) reclusão: prevista para crimes, admite regime inicial fechado, semi-aberto e aberto
 - b) detenção: prevista para crimes, admite regime inicial semi-aberto e aberto, salvo necessidade de rejeição
 - c) prisão simples: prevista para contravenções penais: admite regime semi-aberto ou aberto, sempre em lugar distinto dos autores de crimes
- nota: sobre as diferenças entre elas, ver nota 8 ao art. 33

II) *Restritivas de direitos*(penas alternativas)
Art. 43, CP

- a) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas
 - b) perda de bens e valores
 - c) prestação pecuniária
 - d) limitação de fim de semana
 - e) interdição temporária de direito
- e1) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo
 - e2) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial de licença ou autorização do poder público
 - e3) suspensão da autorização para dirigir veículos (ver nota 106 ao art. 47)
 - e4) proibição de freqüentar determinados lugares

III) *Pecuniária: multa*

Art. 49, CP

Capítulo 11 DA COMINAÇÃO DAS PENAS¹

1. Conceito de cominação de penas: é a prescrição, em abstrato, de penas, formulada no preceito secundário do tipo penal incriminador. Ex.: “Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (preceito primário): “Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos” (preceito secundário). Em nota ao art. 32, demonstrou-se que a cominação se faz de modo isolado, cumulativo ou alternativo.

Penas privativas de liberdade

Art. 53. As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime.²

2. Preceito sancionador do tipo penal incriminador: é a previsão abstrata feita no preceito secundário. Pode alterar-se, para mais ou para menos, conforme estejam presentes as causas de aumento ou de diminuição, como será visto em nota posterior.

Penas restritivas de direitos

Art. 54. As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.³

3. Derrogação do art. 54: a Lei 9.714/98, ao prever, no art. 44, I, do Código Penal a possibilidade de aplicação da substituição da pena privativa de liberdade de até 4 anos para pena restritiva de direitos, terminou por revogar em parte este dispositivo. Melhor teria sido o legislador alterar o disposto neste artigo, como fez com os

demais, que cuidavam das penas restritivas. Por outro lado, o sistema de substituição nem sempre é o melhor. Há crimes que, pela sua menor relevância ofensiva, poderiam ter, no preceito secundário, direta e isoladamente, a previsão da aplicação de pena restritiva de direitos, como se faz com a multa em alguns casos.

Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída,⁴ ressalvado o disposto no § 4.º do art. 46.⁵

4. Penas restritivas correlatas às privativas de liberdade: as penas de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana devem ter a mesma duração das penas privativas de liberdade, justamente porque o preceito secundário dos tipos penais incriminadores não traz o montante, em abstrato, das penas restritivas de direitos. Assim, necessita o juiz aplicar a pena privativa, dentro dos critérios de individualização, para, depois, substituí-la pela restrição de direitos. O inciso III, mencionado no artigo, não tem aplicação, pois dizia respeito à pena de recolhimento domiciliar, que foi vetada.

5. Ressalva da antecipação do cumprimento da pena: é válida a antecipação somente para a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pois não teria cabimento antecipar a limitação de fim de semana ou a interdição de direitos, por absoluta incompatibilidade com a finalidade da pena e com o modo de cumprimento. Entretanto, a ressalva feita neste artigo pode induzir a crer ser possível a antecipação para todas as penas restritivas mencionadas (prestação de serviços, interdição de direitos e limitação de fim de

semana), o que não é correto, até mesmo porque a antecipação está prevista no § 4.º do art. 46, que cuida apenas da prestação de serviços.

Art. 56. As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.⁶⁻⁷

6. Vinculação da pena restritiva de direitos à espécie de crime praticado: pretendeu o legislador estabelecer a substituição de pena privativa de liberdade por interdição temporária de direitos somente nas hipóteses em que o exercício do direito vetado tivesse direta ligação com o crime praticado. Assim, nos casos de “proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo” e de “proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público”, torna-se imperiosa a vinculação da atividade exercida pelo agente com o delito cometido, tal como seria se o médico, no exercício da sua profissão, cometesse uma lesão culposa ou um homicídio culposos, bem como no caso do funcionário público que, no exercício do cargo, praticasse peculato.

7. Descumprimento injustificado da interdição: há duas posições: a) dá margem à reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, como firmado pelos arts. 44, § 4.º, do Código Penal e 181, § 3.º, da Lei de Execução Penal; b) provoca a reconversão e também incide o agente na figura típica do art. 359 do Código Penal: “Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial”. A primeira

corrente é a mais adequada, pois o não cumprimento da restrição imposta pelo juiz já possui sanção específica na lei, que é a reconversão da pena em privação da liberdade. Não há cabimento em punir-se o réu duas vezes. Por outro lado, há que se ressaltar a existência do art. 307 do Código de Trânsito Brasileiro, prevendo que a violação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo é crime. Nesse caso, quando a pena restritiva imposta for cumulativa com sanção privativa de liberdade, não havendo como proceder-se à reconversão, deve o agente ser punido pelo crime autônomo. Entretanto, se a pena restritiva de proibição de dirigir for substitutiva da privativa de liberdade, é preciso aplicar a reconversão, sem incidência no mencionado art. 307 – idêntico tratamento que se dá à interpretação do art. 359 do Código Penal.

Art. 57. A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.⁸

8. Derrogação do art. 47, III, do Código Penal: como já visto, a pena restritiva de direitos do art. 47, III, somente pode ser aplicada no tocante à suspensão de *autorização* para dirigir veículo, pois a parte concernente à habilitação foi integralmente regulada pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Pena de multa

Art. 58. A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código.⁹

Parágrafo único. A multa prevista no parágrafo único do art. 44¹⁰ e no § 2.º do art. 60¹¹ deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.

9. Limites para a pena de multa: antes de Reforma Penal de 1984, os tipos penais incriminadores traziam, no preceito secundário, os montantes concernentes às multas (ex.: no crime de furto – art. 155 – previa-se a pena de multa de mil cruzeiros a vinte mil cruzeiros). Tal sistema foi abolido, especialmente por conta da corrosão do valor da moeda imposta por períodos de inflação, que tornava inútil a aplicação da pena pecuniária. Houve substituição pelo critério do “dia-multa”, como exposto no capítulo que cuidou da pena de multa.

10. Referência correta: atual art. 44, § 2.º, do Código Penal.

11. Preceito em vigor: continua vigendo, como sustentamos, não tendo sido revogado pelo art. 44, § 2.º. Vide nota 81 nos comentários ao art. 44, § 2.º.

Capítulo III DA APLICAÇÃO DA PENA

Fixação da pena^{1-2-B}

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade,^{3-3-B} aos antecedentes,⁴⁻⁶ à conduta social,⁷ à personalidade do agente,^{8-8-B} aos motivos,^{9-9-A} às circunstâncias¹⁰⁻¹¹ e conseqüências¹² do crime, bem como ao comportamento da vítima,¹³ estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:¹⁴

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;^{15-15-A}

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;¹⁶

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;¹⁷⁻¹⁸

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.^{19-22-A}

1. Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). Na visão de Luiz Luisi, “é de entender-se que na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma ‘discricionariedade juridicamente vinculada’”. O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentre deles o Juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina. Todavia, é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções de vida e do mundo do Juiz. Mas, como acentua Emilio Dolcini, não existe uma irremediável e insuperável antinomia entre o ‘caráter criativo e o caráter vinculado da discricionariedade’, pois este componente emocional e imponderável pode atuar na opção do Juiz determinando-lhe apenas uma escolha dentre as alternativas explícitas ou implícitas contidas na lei” (*Os princípios constitucionais penais*, p. 38). Diz a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal: “A sentença deve ser *motivada*. Com o *sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena*, consagrado pelo novo Código Penal, e o do *livre convencimento* do juiz, adotado pelo presente projeto, é a *motivação* da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação,

as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento. No caso de absolvição, a parte dispositiva da sentença deve conter, de modo preciso, a razão específica pela qual é o réu absolvido. É minudente o projeto, ao regular a *motivação* e o *dispositivo* da sentença” (grifamos). Desde 1940, o legislador atribuiu ao juiz imensa discricionariedade na fixação da pena, determinando-lhe alguns parâmetros dos quais não deve furtar-se. Entretanto, no dizer de Roberto Lyra, “é preciso que o juiz, habituado ao angustioso formalismo do sistema anterior, se compenetre desse arbítrio para enfrentá-lo desassombradamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização, dentro da indeterminação relativa da pena” (*Comentários ao Código Penal*, v. 2, p. 180-181). Desenvolvemos detalhadamente o tema da aplicação da pena em nosso trabalho *Individualização da pena*. Porém, para reflexão, evidenciando o quão complexo e exigente, além de polêmico, é o procedimento para o estabelecimento da pena concreta e justa, consulte-se: STF: “Por ausência de fundamentação, a Turma, em votação majoritária, deferiu, em parte, *habeas corpus* para anular acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no capítulo referente à fixação da pena-base, de modo a restabelecer, no ponto, a sentença condenatória, determinando o cumprimento da pena de 5 anos e 8 meses em regime inicial fechado. No caso, o tribunal de origem acolhera o recurso de apelação do Ministério Público local e majorara para 8 anos, com fundamento em circunstâncias judiciais desfavoráveis e nos princípios da necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do delito, a pena-base imposta pela sentença que condenara o paciente por tentativa de homicídio simples. Entendeu-se que, na espécie, a mera alegação de ‘bondade’ do juiz de primeiro grau, que fixara a pena-

base em patamar pouco acima do mínimo legal (4 anos de reclusão em regime inicial aberto), não poderia servir de motivo para o aumento da reprimenda básica, haja vista a sua discricionariedade e distanciamento das circunstâncias enumeradas no art. 59 do CP. Asseverou-se, ademais, que o argumento de necessidade e suficiência da pena para justificar tal acréscimo divergiria, na hipótese, do ordenamento jurídico e não encontraria respaldo no exame das circunstâncias que definem a pena-base no caso concreto. Rejeitaram-se, ainda, as demais questões suscitadas, porquanto a reincidência estaria reconhecida pelo juiz natural da causa, bem como justificada a redução da pena decorrente da tentativa. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que indefeririam o writ por não vislumbrar ilicitude na aludida majoração, fundamentada a partir das circunstâncias judiciais retratadas na sentença” (HC 88.422-RS, 1.^a T., rel. Carlos Britto, 20.03.2007, *Informativo* 460).

1-A. Conceito de circunstâncias judiciais: são as circunstâncias que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitados os parâmetros fixados pelo legislador no art. 59 do Código Penal, constituindo efeito *residual* das circunstâncias legais. Em outras palavras, encontrado o tipo básico, isto é, havendo prova da ocorrência do crime (ex.: homicídio = matar alguém), passa o magistrado a aplicar a pena. Para tanto, serve-se de todas as circunstâncias (elementos que envolvem a infração penal), devendo ter a cautela de identificar, logo de início, as que são legais – previstas expressamente em lei (qualificadoras/privilégios; causas de aumento/diminuição; agravantes/atenuantes) – das que são judiciais – extraídas da construção do juiz, conforme dados fáticos encontrados nos autos. Por isso, embora o magistrado

inicie a fixação da pena pela análise das denominadas circunstâncias judiciais do art. 59, não é demais ressaltar que elas são residuais, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravantes/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do *quantum* da pena-base. Exemplo: no homicídio, o motivo fútil materializa uma qualificadora (art. 121, § 2.º, II, CP), logo, não pode ser considerado no item *motivos*, previsto igualmente no art. 59. E também não pode ser levado em conta na análise das agravantes, que envolvem o *motivo fútil* (art. 61, II, *a*, CP). Em suma, a circunstância que não estiver expressamente prevista em lei como qualificadora/privilégio, causa de aumento/diminuição ou agravante/atenuante pode servir ao magistrado para compor, livremente, mas com fundamento nas provas dos autos, o contexto das circunstâncias judiciais do art. 59.

2. Política da pena mínima: tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamento. Desprezam-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, a pena ideal e concreta para cada réu. Não se compreende o que leva o Judiciário, majoritariamente, a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento. A padronização da pena é contrária à individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante. Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59 do

Código Penal, manifesta-se Luiz Antonio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: “Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao juiz ponderar, na aplicação da pena, ‘a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado’, para estabelecer ‘a gradação material do perigo’. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que delinqüiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as ‘conseqüência’ do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. *A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.* Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo, para análise: na figura fundamental, dispõe o julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e conseqüências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática,

quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quatriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Com a indiscriminada imposição das penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de um premeditado projeto, lentamente acalentado, com intimidação de diversas pessoas, para obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo o senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la 'necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (Código Penal, art. 59, *caput*)" (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inq. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000, grifo nosso). Sobre o tema, inclusive com pesquisa feita na Vara das Execuções Criminais de São Paulo, o leitor poderá encontrar mais dados em nosso livro *Individualização da pena*.

2-A. Fixação acima do mínimo legal: insere-se nota específica para demonstrar, na continuidade do que já foi abordado na nota antecedente, que é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, *caput*, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. Não

sendo, deve ela situar-se acima da previsão mínima feita pelo legislador. Nesse sentido, confirmam-se decisões do Supremo Tribunal Federal: "Transcrevo trecho da sentença no qual o juiz fixa a pena do ora paciente: 'No que tange às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, tem-se que a culpabilidade do acusado, no sentido da reprovabilidade de sua conduta, deve ser considerada grave, tendo em vista que é pessoa com instrução e de recursos, de modo que lhe ainda mais exigível conduta diversa. Com efeito, é pessoa de quase quarenta anos de vida, tem carro próprio, família, segundo grau completo e curso de turismo e hotelaria, e, além disso, é sócio de uma cooperativa da qual auferia cerca de R\$ 30.000,00 por temporada (conforme consta de seu interrogatório às fls. 208/211 dos autos); não possui antecedentes aptos a lhe gerar uma dosagem adversa da pena; sua conduta social não pode ser tida como desfavorável, pois além dos poucos elementos a respeito, consta que é integrante e fundador da Associação dos Barqueiros de Transporte da praia do Campeche, em Florianópolis, na qual exercia a função de Conselheiro Fiscal (fl. 645/653); sua PERSONALIDADE é desvirtuada para o crime, já que mesmo com sua favorável condição pessoal, vinha praticando o comércio de cocaína em larga escala, consciente dos perversos efeitos que o consumo de droga acarreta na sociedade; quanto aos motivos do crime, verifica-se que foi a vontade de obter vantagem ilícita com a venda de drogas, o que também é reprovável; no que tange às circunstâncias do crime, são altamente desfavoráveis ao acusado, haja vista que se trata da apreensão, num total de 55 quilos de cocaína, a qual seria repassada a outros traficantes (mais de um), havendo indícios, conforme dito, que a droga seria inclusive remetida ao exterior. Além disso, a ação criminosa envolveu arremesso da droga através de aeronave, e

aliciamento de pessoas com poucos recursos da região para o recolhimento da droga, atingindo graves proporções, tanto é que, ao final, acabaram sendo acusadas nove pessoas envolvidas com os fatos; em relação às consequências do crime, foram também graves, na medida em que seriam distribuídos a consumo (e foram em outras ocasiões, já que o próprio acusado admitiu que já comprou cocaína para vender por inúmeras vezes) grande quantidade de entorpecente; sendo vítima a saúde pública, não há que se falar no seu comportamento para efeito da ocorrência do delito. Em atenção a tais considerações, considerando que foram desfavoráveis cinco circunstâncias judiciais (dentre elas as preponderantes – art. 67 do CP), com base nos arts. 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão (salientando que na cominação estipulada pelo legislador apenas nesta primeira fase a pena poderia ir até 15 anos!), e multa no valor de 120 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria constato que há em favor do acusado a atenuante da confissão-espontânea (art. 65, III, *d*, do CP). Assim, diminuo a pena em 6 meses, tornando-a provisória em 6 (seis) anos de reclusão, mantendo o valor e a quantidade da multa. Na terceira fase da pena há a causa de aumento descrita no art. 18, III, da Lei 6.368/76 [substituída pela Lei 11.343/2006]. Por tal razão, considerando que, dentre as duas causas de aumento descritas em tal inciso, só se verificou a ocorrência de uma, aumento a pena em um terço, de modo a ficar estabelecida em 8 (oito) anos de reclusão, e 160 dias-multa. Contudo, também na terceira fase reconheço a causa de diminuição descrita no art. 14 da Lei 9.807/99, afinal, conforme reconhecido anteriormente, o acusado colaborou na identificação dos demais co-autores ao prestar seus depoimentos. Como se retratou em Juízo em relação àquilo que disse na

fase policial, diminuo a pena em um terço, de modo a torná-la definitiva em 5 (cinco) anos 4 (quatro) meses de reclusão, e 107 dias-multa, já que não há outras causas de aumento ou diminuição (...). Vê-se, pois, que (i) a majoração da pena-base está lastreada em circunstâncias judiciais claramente desfavoráveis ao ora paciente, e (ii) a fixação da pena aparece devidamente fundamentada, nos exatos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal” (HC 88.284-SC, 2.^a T., rel. Cezar Peluso, 24.04.2007, v. u.); “O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando *todos os critérios são favoráveis ao réu*, a pena deve ser aplicada *no mínimo* cominado; entretanto, *basta que um deles não seja favorável* para que a pena *não mais possa ficar no patamar mínimo*” (HC 76.196-GO, 2.^a T., rel. Mauricio Correa, 29.09.1998, m. v., embora sem dizer respeito a divergência a esta afirmação, *RTJ* 176/743, grifos nossos). Igualmente: TJRS: “Não sendo todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao réu, não pode a pena-base ser fixada no mínimo legal” (AC. 70003924743, Santa Cruz do Sul, 1.^a C., rel. Silvestre Jasson Ayres Torres, 22.05.2002, v. u., *RJTJRG* 216/162). TJMS: “Ora, se para a fixação da pena-base, 8 são as circunstâncias judiciais avaliadas, é evidente que a incidência em uma delas já é suficiente para dosá-la acima do mínimo e, no caso em tela, várias foram as ofendidas pelo apelante, injustificando, em corolário, a pretensão. Sabe-se que a fixação da pena-base, embora juridicamente vinculada à variante mínima e máxima, a avaliação do suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal está a cargo do juiz dentro dos parâmetros abstratamente

fixados pelo legislador para a pena. A eleição quantitativa [que foi acima do mínimo] está dentro do poder discricionário do qual o julgador é detentor” (Ap. 2004.007135-3, Sindrolândia, 1.ª T., rel. Nildo de Carvalho, 14.09.2004, v. u.).

2-B. Possibilidade de aplicação da pena máxima: o critério da individualização da pena, evitando-se a indevida padronização da sanção penal, é fruto de dispositivo constitucional e de detalhado critério estabelecido pelo Código Penal, merecendo, pois, ser aplicado, quando for cabível. Nessa trilha, mantendo pena máxima aplicada a réu, considerado “justiceiro” perigoso, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ocorre que, *in casu*, o d. Magistrado fundamentou a pena, vale repetir, com inegável acerto, determinando o seguinte: ‘(...) Assim, estabeleço, novamente, o montante de trinta anos como pena-base, porque o réu possui personalidade integralmente voltada e dedicada ao crime, caráter francamente deturpado, vida social baseada no cometimento de gravíssimos delitos a sangue frio, necessitando de plena reeducação. Note-se que, no caso presente, a vítima foi executada na frente dos familiares, em típica atividade de extermínio, chaga social na cidade de São Paulo. A Constituição e o Código Penal determinam que o magistrado individualize a pena dentre o mínimo e o máximo possíveis. Não creio que exista outra hipótese fática que comporte a aplicação do máximo previsto em lei, já que o réu, ‘justiceiro’, confesso e orgulhoso de suas proezas, como demonstram suas entrevistas aos jornais, evidencia insensibilidade incommum. Delinqüente contumaz, condenado a mais de duzentos anos, deve ser apenado no máximo previsto em lei. Se a pena mínima existe para ser usada aos primários, de bons antecedentes, sem qualquer especial circunstância que agrave a reprimenda, é

natural que a máxima também deva ser utilizada quando o caso recomende. Se as penas são variáveis entre um mínimo e um máximo, é preciso distinguir os réus e aplicar a pena justa. Não fosse assim e seria inútil individualizar a reprimenda, já que a pena máxima nunca seria aplicada...” (Rev. 282.549-3/4, São Paulo, 1.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Jarbas Mazzoni, 11.12.2000, v. u.). Confira-se, ainda: TJRS: “Ora, se em tese, todas as circunstâncias judiciais sendo desfavoráveis a pena pode ser fixada no máximo, 30 anos. A conclusão lógica é que existindo dois ou três critérios desfavoráveis, ainda como tese, pode o juiz valorar a circunstância como um todo fixando a pena bem acima do mínimo legal” (Ap. 70017804238, Carazinho, 3.ª C., rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, 25.01.2007, v. u.). Na doutrina, explica Mariângela Gama de Magalhães Gomes que “o máximo abstrato de pena constitui, por sua vez, expressão da garantia da culpabilidade, posto ser a medida extrema do sacrifício que se pode impor ao autor do delito a fim de que corresponda às circunstâncias do caso concreto e sirva para que outros não sigam o exemplo negativo do delito; essa medida máxima representa o limite até o qual o ordenamento está disposto a assegurar a eficácia concreta da tutela penal, representando, conforme assinalado, a dialética entre necessidade de estabilização social e princípio de culpabilidade. (...) A tarefa do intérprete consiste em aplicar a sanção proporcionalmente ao ilícito cometido, considerando a valoração legislativa no sentido de cominar o mínimo aos casos que, adequando-se ao mesmo tipo penal abstrato, demonstrarem menor lesividade ao bem jurídico e cujos agentes apresentarem menor grau de culpabilidade, assim como impor o máximo aos casos em que evidenciarem maior gravidade na ação e maior culpabilidade do agente” (*O princípio da proporcionalidade no direito*

penal, p. 164-165). Outras considerações podem ser obtidas em nossa obra *Individualização da pena*.

3. Conceito de culpabilidade: trata-se da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito já foi analisada para compor a existência do delito (onde, além da reprovação social, analisaram-se a imputabilidade, a potencial consciência de ilicitude e a exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito). Entretanto, volta o legislador a exigir do juiz a avaliação da censura que o crime merece – o que, aliás, demonstra que esse juízo não incide somente sobre o autor, mas também sobre o que ele cometeu –, justamente para norteá-lo na fixação da sanção penal merecida. Frisando que culpabilidade incide tanto sobre o fato, quanto sobre o seu autor: Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 175. Levar em consideração um mesmo fator em diferentes estágios não é incomum: o próprio art. 59 é utilizado tanto para a fixação da pena como para a análise de uma série de benefícios penais (substituição por pena restritiva de direitos, concessão de *sursis*, concessão do regime aberto etc.). A culpabilidade, acertadamente, veio a substituir as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus da culpa”. Para compor o fato típico, verifica o magistrado se houve dolo ou culpa, pouco interessando se o dolo foi “intenso” ou não, se a culpa foi “grave” ou não. O elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso. Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes +

conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso. Se houve “culpa grave” – o autor agiu com agravada imprudência – ou “dolo intenso” – atuou com perversidade, maquiavelismo ou premeditação –, é preciso encaixar tais fatores na personalidade do agente, nos motivos ou nas circunstâncias do crime. Não se deve, pois, levar em consideração a “intensidade do dolo” e o “grau da culpa” como elementos diretamente vinculados à aplicação da pena, por conta da Reforma Penal de 1984, que não mais os prevê. Assim: “Dolo é elemento anímico, projeção de livre escolha do agente entre agir, ou omitir-se no cumprimento do dever jurídico. Não tem intensidade. Intensidade refere-se a graus, do maior ao menor. Nada tem com o dolo. É relativa, isso sim, à culpabilidade, entendida, no sentido moderno da teoria geral do delito, como reprovabilidade, censurabilidade, ao agente, não ao fato. Porque, podendo agir de modo diverso, não o fez. Insista-se, não existe dolo intenso. A culpabilidade, sim, é intensa, média, reduzida, ou mensurada intermediariamente a essas referências” (STJ, HC 9.584-RJ, 6.^a T., rel. Cernicchiaro, 15.06.1999, v. u., *DJ* 23.08.1999, p. 153). E também: STJ: “A pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal pela consideração da intensidade do dolo frente à presunção do conhecimento da ilicitude da conduta, bem como pela existência de processos em andamento ou ainda de sentenças pendentes de recursos, se as demais circunstâncias do art. 59 são favoráveis” (HC 9.453-SC, 6.^a T., rel. Vicente Leal, *DJ* 29.11.1999, p. 126). Apesar disso, continuam alguns acórdãos levando tais pontos em consideração: STF: “Havendo a sentença condenatória e o acórdão, que a confirmou, demonstrado a participação mais desta-

cada do paciente, na prática do delito de extorsão mediante seqüestro, assim como a *intensidade do dolo*, com que agiu (...) de se concluir que observou o disposto nos arts. 29, 59 e 159, § 1.º, do CP, não incidindo em falta de fundamentação nem em tratamento discriminatório coibido pela Constituição e pelo Código Penal” (HC 72.212, 1.ª T., rel. Sydney Sanches, 22.08.1995, v. u., grifamos). Idem: TJSP: Rev. 147.937-3/0, 1.º Grupo, rel. Fortes Barbosa, 07.02.1994; Ap. 99.373-3, São Paulo, 1.ª C., rel. Jarbas Mazzoni, 02.12.1991, v. u., RT 675/359.

3-A. Culpabilidade do fato e culpabilidade do autor: consultar a nota 98-D ao art. 22.

3-B. Inimputabilidade, crime permanente e fixação da pena: consultar a nota 11-A ao art. 27.

4. Conceito de antecedentes: trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma de 1984, podia-se dizer que os antecedentes abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até os seus relacionamentos na família ou no trabalho. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social de dentro dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes. É verdade que os autores da Reforma mencionam que os antecedentes “não dizem respeito à ‘folha penal’ e seu conceito é bem mais amplo (...) deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares” (Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Penas e medi-*

das de segurança no novo Código, p. 161). Entretanto, ao tratar da conduta social, os mesmos autores frisam que ela se refere “ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence”, entre outros. Ora, não se pode concordar que os *antecedentes* envolvam mais do que a folha corrida, pois falar em “meio de sustento”, “dedicação a tarefas honestas” e “responsabilidades familiares” tem a ver com conduta social.

5. Definição de maus antecedentes: outra questão tormentosa, firmando-se o entendimento de que *antecedentes* são os aspectos passados da vida criminosa do réu, é a análise do que pode ser incluído nesse contexto. Há *duas posições* predominantes: 1) *considera-se tudo o que consta na folha de antecedentes do réu*, sem qualquer distinção (posição predominante, atualmente). Como diz Roberto Lyra, “os precedentes penais caracterizam a reincidência, mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicição veemente” (*Comentários ao Código Penal*, v. 2, p. 211). E igualmente opina Cernicchiaro: “O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo-de-ser do acusado. Evidentemente com a necessária fundamentação para que se conheça que não ponderou como precedente o que é só antecedente penal” (*Direito penal na Constituição*, p. 116). Quanto à jurisprudência: 1) STF: “Concluído julgamento de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ que indeferira igual medida ao fundamento de que o paciente, condenado por porte ilegal de arma (Lei 9.437/97, art. 10, §§ 2.º e 4.º)

[atual Lei 10.826/2003] à pena de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa, em regime semi-aberto, não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, na redação dada pela Lei 9.714/98, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a sua folha de antecedentes penais – v. *Informativo* 390. Alegava-se, na espécie, constrangimento ilegal consistente na fixação de regime inicial mais gravoso, bem como na negativa de substituição da pena aplicada. *A Turma, por maioria, indeferiu o writ por reconhecer que, no caso, inquéritos e ações penais em curso podem ser considerados maus antecedentes*, para todos os efeitos legais. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, tendo em conta que a fixação da pena e do regime do ora paciente se lastreara única e exclusivamente na existência de dois inquéritos policiais e uma ação penal, concedia o *habeas corpus*” (HC 84088-MS, 2.^a T., rel. orig. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Joaquim Barbosa, 29.11.2005, m. v., *Informativo* 411, grifamos); “60 inquéritos instaurados e 20 ações penais (8 em grau de recurso pela defesa) são maus antecedentes, inclusive para aumentar a pena” (HC 73.297-SP, 2.^a T., rel. Maurício Correa, 06.02.1996, v. u.); “Vários inquéritos em andamento e uma condenação sem trânsito em julgado: maus antecedentes” (HC 72.130-RJ, 2.^a T., rel. Marco Aurélio, 22.04.1996, v. u.); TJSP: “Homem de bem, realmente, não marcaria com tal frequência presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal” (HC 149.906-3/3, São Paulo, 5.^a C., rel. Dirceu de Mello, 19.08.1993, v. u.); HC 288.405-3, Bauru, 3.^a C., rel. Walter Guilherme, 10.08.1999, v. u., *JUBI* 38/99, II) *antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado* que não são aptas a gerar reincidência. Todo o mais, em face do princípio da presunção de inocência, não deve ser considerado: STF:

“Absolvição anterior não é mau antecedente” (HC 74.977-MS, 1.^a T., rel. Ilmar Galvão, 08.04.1997, v. u.); STJ: “1. Ressalvado o ponto de vista deste relator, manifestado nos autos do HC 39.515-SP, cujo acórdão foi publicado em 09.05.2005, *a contrario sensu*, resta assentada a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que ‘viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5.^o, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional’ (REsp 675.463-RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 13.12.2004, p. 454), e que, ‘por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o art. 5.^o, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial’ (HC 31.693-MS, rel. Paulo Medina, DJ 06.12.2004, p. 368)” (REsp 799.061-PR, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 26.06.2007, v. u.); “Inadmissível, todavia, para esse fim levar em conta inquérito policial ou processo em curso. Caso contrário, raciocinar-se-á com mera hipótese” (RHC 7.997-SP, 6.^a T., rel. Cernicchiaro, 03.11.1998, m. v., DJ 01.03.1999, p. 381); RHC 8.018-RJ, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 27.04.1999, v. u., DJ 01.07.1999, p. 188; TJMG: “Somente se consideram ‘maus’ os antecedentes que comportem condenação prévia, passada em julgado, sendo os demais irrelevantes na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal” (Ap. 1.0313.00.010102-9/001, 3.^a C., rel. Jane Silva, 25.06.2004); TRF-4.^a Região, 4.^a Seção, Questão de Ordem em Embargos Infringentes e de Nulidade 1998.04.01.077651-8-RS, rel. Tadaaqui Hirose, 17.02.2005, v. u. *Nossa posição*: cremos acertada a segunda corrente para fim

de fixação da pena, pois não se devem levar em conta inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento, entre outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu, como causa de majoração da reprimenda. Se o acusado foi absolvido, como pode gerar essa absolvição o aumento de sua pena num processo futuro? Entretanto, para efeito processual penal, preferimos a primeira posição. Afinal, para decretar uma medida cautelar, como a prisão preventiva – que não é antecipação de pena –, é curial analisar se o réu é perigoso à sociedade, de modo a permanecer detido durante o processo. Uma pessoa acusada de roubo, que tenha outros processos em andamento pelo mesmo fato, não deve ficar em liberdade, colocando ainda mais em risco a ordem pública (STJ, HC 8.478-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 20.04.1999, v. u., DJ 24.05.1999). Igualmente: STJ: “Não é possuidor de bons antecedentes quem, embora tecnicamente primário, é réu em ações penais em andamento, revelando personalidade dirigida à atuação criminosa, impondo-se a sua submissão à custódia processual” (HC 10.786-SP, rel. José Arnaldo da Fonseca, 04.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 181). Finalmente, deve-se ressaltar que a Lei 9.605/98 (meio ambiente) estabeleceu o critério dos *antecedentes específicos* (“Art. 6.^o Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: (...) II – os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”). Conferir, ainda, a nota 8 infra, onde se faz menção a acórdão que considerou os registros na folha de antecedentes do acusado como critério para avaliar sua personalidade.

6. Maus antecedentes e reincidência: pode o juiz levar em consideração ambos os elementos, desde que não tenham, como base, as mesmas condenações. Nesse con-

texto, saliente-se o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Assim, caso alguns processos signifiquem *maus antecedentes*, outros podem levar ao reconhecimento da reincidência. Nessa linha: STJ: “Nada impede que, singularmente apreciadas, sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado, a primeira como maus antecedentes e, a segunda, como reincidência, porquanto são distintos os elementos motivadores de cada uma delas. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena” (HC 102.778-SP, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 03.06.2008, v. u.); “Elementos outros que não a reincidência levaram o julgador ao reconhecimento dos maus antecedentes do réu, sendo fixada a pena-base acima do mínimo legal. Destarte, não há *bis in idem* se, posteriormente, em obediência aos arts. 61, I, e 68 do CP, sob o fundamento de ser reincidente o réu, aumentou-se a pena” (RHC 8.915-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 04.11.1999, v. u., DJ 06.12.1999, p. 102); TJSP: “A condenação imposta no processo n. 399/90 foi considerada como circunstância judicial (maus antecedentes) na aplicação da pena. A exacerbação da pena base na reincidência foi em decorrência de condenação imposta no processo n. 177/94, ou seja, não foram considerados os mesmos fatos (STF, HC 75.965, rel. Sidney Sanches)” (Ap. 296.529-3/0, Pereira Barreto, 6.^a C., rel. Barbosa Pereira, 27.04.2000, v. u.). Ver, ainda, a nota 67 ao art. 63.

7. Conceito de conduta social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim

de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo.

8. Conceito de personalidade: trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. “A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...) Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e sócio-ambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice” (Guilherme Oswaldo Arbenz, *Compêndio de medicina legal*). É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência. Por outro lado, personalidade não é algo estático, mas encontra-se em constante mutação. Já dizia Tobias Barreto: “Se por força da seleção natural ou artística, até as aves mudam a cor das plumas, e as flores a cor das pétalas, por que razão, em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direção da sua índole?” (*Menores e loucos em direito criminal*, p.

43). Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça. São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom-humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, despreendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo. Convém mencionar decisão jurisprudencial que, para a análise da personalidade do agente, levou em conta os registros existentes na folha de antecedentes do acusado: TRF-4.^a Região: “Havendo nos autos notícias de que o condenado responde a inquéritos policiais e ações penais por diversos crimes, em várias cidades e na Justiça Federal e Estadual, revela-se oportuna a remessa de cópia de acórdão que confirmou sentença condenatória às Autoridades Judiciárias, a fim de que possam bem avaliar a sua personalidade” (Ap. 2000.04.01.056441-0-RS, 7.^a T., rel. Vladimir Freitas, v. u.). Sob outro prisma: STJ: “Os inquéritos e ações penais em andamento não podem ser considerados para valorar negativamente a personalidade do agente, por não ter ainda contra o réu, um título executivo penal definitivo. Precedentes desta Corte.” (REsp 995.306-RS, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 26.02.2008, v. u.). Na doutrina, confira-se a lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “a consideração da pessoa do infrator e o escopo de prevenção especial impõem, na determinação da

medida penal, a ponderação de condições não apenas de fato, mas relativas ao próprio homem, agente infrator, de modo a considerar, inclusive, sua personalidade” (*O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 159).

8-A. Agressividade: por si só, não pode ser, automaticamente, considerada um fator negativo da personalidade. Devemos dividi-la em três aspectos: a) *instrumental*: significando a garra que o ser humano desenvolve para obter algo que muito deseja; b) *defensiva*: querendo dizer a força realizada para a proteção da vida ou de interesses; c) *hostil* (destrutiva): que representa as manifestações de violência. Esta última, que é o fator negativo da personalidade, subdivide-se em: c.1) *direta*: que é a destruição de pessoas, coisas ou animais; c.2) *indireta*: que é fruto da maldade (maledicência), da inveja (olhar maldoso ou ódio) ou do sadismo (agressividade associada à libido, desejando atingir a subjugação de terceiros). Na lição de Hungria: “Pouco importa que o agente tenha sido induzido ao erro pelo seu temperamento especial: também o delinqüente doloso é arrastado ao crime pela sua índole própria, e nem por isso deixa de ser plenamente responsável” (*A legítima defesa putativa*, p. 121).

8-B. Perversidade: não olvidemos a realidade, ou seja, existem pessoas perversas (más, cruéis), capazes de atos abomináveis, que, ainda assim, dormem tranquilas e suas consciências não apresentam nenhum motivo para remordimento. São sujeitos frios, insensíveis e, por vezes, calculistas. Valem-se de sua inteligência, não raramente privilegiada, para cometer os mais atrozes delitos, ao menos à vista do senso comum. O ser humano maldoso sente prazer em atuar dessa forma. Do mesmo modo em que o altruísta sente-se aliviado ao promover o

bem ao próximo, o perverso age em sentido oposto. O seu alívio advém da maldade concretizada ao semelhante. São, em grande parte, as denominadas personalidades anti-sociais (ver a nota 5 ao art. 26). Não se constituem doentes ou alienados mentais, pois têm inteligência e vontade preservadas. Tais agentes merecem ser apenados mais severamente pelo que fizeram. Cabe ao julgador avaliar, no caso concreto, o aumento de pena, a ser aplicado na fase do art. 59 do Código Penal, elevando a pena-base a patamares justos.

9. Motivos do crime: são os precedentes que levam à ação criminosa. “O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (a consciência e a vontade de produzir morte)” (Roberto Lyra, *Comentários ao Código Penal*, v. 2, p. 218). Todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base. Lembremos, ainda, que o motivo pode ser consciente (vingança) ou inconsciente (sadismo), além do que pode figurar como causa ou razão de ser da conduta (agir por paga para matar alguém) ou como objetivo da conduta (atuar por promessa de recompensa para matar alguém), indiferentemente.

9-A. Motivo do crime e premeditação: concordamos com a lição de Ricardo Levene ao mencionar que “não se deve

confundir o motivo com a resolução prolongada ou reflexiva que é a premeditação. Nada tem a ver com ela o motivo. Pode haver, inclusive, um homicídio que se cometa sem motivo, como no caso do homicídio por instinto de perversidade brutal; entretanto, na premeditação a base é a reflexão, que varia de homem a homem, pois existem os reflexivos, pouco reflexivos e irreflexivos, bem como há indivíduos que têm frieza de ânimo e outros, não" (*El delito de homicidio*, p. 175). Chegamos, inclusive, a ressaltar que a premeditação é fruto da personalidade do agente, fazendo emergir os aspectos de maldade e deslealdade, passíveis de maior reprovação (nosso livro *Individualização da pena*, p. 211-212).

10. Circunstâncias do crime: são os elementos accidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de *legais* (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de *judiciais*. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo, com premeditação, para dificultar a sua descoberta e a apuração do culpado, constituindo circunstância gravosa. Na jurisprudência: TJRS: "As circunstâncias do crime foram graves. O acusado e seu companheiro invadiram uma residência, para praticarem o roubo. Esta ação, além de mostrar ousadia e periculosidade do agente, difere, para pior, daquelas cometidas na via pública, quando se aproveita da situação da vítima se encontrar em local propício ao delito" (Ap. 70007652472, 8.^a C., rel. Sylvio Baptista, 18.02.2004, v. u.).

11. Gravidade do delito servindo para aumentar a pena-base: possibilidade. Afinal, há, no art. 59, expressa menção às

circunstâncias do crime. Nesse sentido: STF: "A pena foi fixada acima do mínimo legal por envolver, o crime de tráfico de entorpecente, grande quantidade de cocaína, pelo malefício que pode causar à saúde pública" (HC 78.383-5, São Paulo, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 09.02.1999, v. u., DJ 21.05.1999, Seção 1, p. 4).

12. Conseqüências do crime: é o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a conseqüência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma conseqüência não natural do delito. É o que já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: Ap. 221.881-3, São Paulo, 6.^a C., rel. Augusto César, 22.05.1997, v. u. (embora antigo, optamos por manter o julgado em razão de sua peculiaridade). Outro exemplo de conseqüência anormal do delito, passível de consideração para a elevação da pena-base: STJ: "O elevado prejuízo causado à Previdência Social é circunstância judicial que justifica a exasperação da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)" (REsp 802.503-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 27.03.2008, v. u.). Evitando considerar o próprio resultado típico como circunstância judicial para elevar a pena, conferir a jurisprudência: STF: "Na espécie, o juízo *a quo*, ao fixar a pena-base em 6 anos na sentença anulada, considerara que 'as conseqüências do delito foram as piores possíveis, com repercussões de monta, em vários países estrangeiros', e, em seguida, elevara a pena em 2/3, em razão da internacionalidade do delito" (cuidava-se de caso de tráfico

internacional de entorpecentes, em que o juiz levou em conta, indevidamente, duas vezes o mesmo fato para agravar a pena – RC 2636-RJ, Pleno, rel. Gilmar Mendes, 08.09.2005, m. v., *Informativo* 400); STJ: “Contudo, no caso dos autos, valorou-se negativamente, como consequências graves do delito, o fato de que apenas parte da *res furtiva* foi restituída à vítima. Ocorre que a não-recuperação de parte do produto do crime não pode justificar o aumento da pena-base a título de consequência do crime por se tratar de aspecto subsumido ao próprio tipo penal de roubo” (HC 82.533-DF, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 22.04.2008, v. u.); “Resultado e consequência do crime não se confundem, descabendo exasperar a pena-base por função da ‘(...) deletéria consequência para a saúde pública (...)’, por indissociável do próprio resultado do crime de tráfico de entorpecentes, que é de perigo para a saúde pública” (HC 35.788-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.11.2004, v. u., *DJ* 01.02.2005, p. 618). Idem: TRF-3.^a Região: “Não existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis e tratando-se de réu primário e sem antecedentes, não se justifica a pena-base aplicada acima do mínimo legal, vez que o dano causando à sociedade, fundamentado pelo magistrado para elevar a pena do réu, já foi ponderado pelo legislador quando da cominação da pena em abstrato” (AC 98.03.10801-8, 1.^a T., rel. Roberto Haddad, 26.05.1998, v. u.).

13. Comportamento da vítima: é o modo de agir da vítima que pode levar ao crime. Segundo Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Andreucci e Sérgio Pitombo, “o comportamento da vítima constitui inovação com vistas a atender aos estudos de vitimologia, pois algumas vezes o ofendido, sem incorrer em *injusta* provocação, nem por isso deixa de acirrar ânimos; outras vezes estimula a prática do

delito, devendo-se atentar, como ressalta a Exposição de Motivos, para o comportamento da vítima nos crimes contra os costumes e em especial a exploração do lenocínio, em que há por vezes uma interação e dependência da mulher para com aquele que a explora” (*Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 162-163). São exemplos: o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o mundano, delitos sexuais; o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato (ver os variados exemplos na nota 12-D ao art. 171); o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente. Não se quer dizer que a pessoa mundana e lasciva, por exemplo, vítima de crime sexual, não esteja protegida pela lei penal, nem mesmo que o agente deva ser absolvido, porém é óbvio que, nesse caso, a pena do autor da infração penal não deve ser especialmente agravada. Sobre o estupro da prostituta, diz João Mestieri: “Não há dúvidas de existirem grandes diferenças entre o estupro de mulher honesta e o de prostituta. Se a distinção não é de ser feita, no campo da cominação da pena, faz-se necessário atente o julgador para essa *minorante natural*, o que fará dentro dos princípios do art. 42, C. Penal [atual art. 59]” (*Do delito de estupro*, p. 33). Diferentemente, quando se tratar de pessoa recatada e tímida, colhida em seu recanto doméstico por um agressor sexual, é natural que a pena seja exasperada, pois a vítima não deu, de modo algum, margem ao ataque sofrido. Em monografia sobre o tema, diz Ana Sofia Schmidt de Oliveira que, “desde que a vitimologia rompeu a separação maniqueísta entre vítima inocente e autor culpado (...), o comportamento da vítima passou a constituir importante foco de análise no campo da dogmática penal e não poderia mais ser desconsiderado na avaliação da responsabilidade do autor, sob pena de sobrecarregá-lo com uma culpa

que não é só sua. No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar uma co-responsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis. A ausência de questionamento acerca do comportamento da vítima pode representar, para o autor, a mesma sobrecarga que sua instauração pode ocasionar para a vítima” (*A vítima e o direito penal*, p. 136). Há diversos graus de censura para analisar o comportamento da vítima: 1) *completamente inculpável*: aquela que nada fez para merecer a agressão (ex.: um sujeito metido a valente agride uma pessoa mais fraca, que nada lhe fez, na frente dos amigos, somente para demonstrar força física); 2) *parcialmente culpável*, subdividida em: 2.1) *por ignorância ou imprudência* (ex.: a mulher morre ao permitir que se lhe faça um aborto em clínica clandestina); 2.2) *com escassa culpabilidade* (ex.: a moça entrega a senha da sua conta bancária ao noivo e sofre estelionato); 2.3) *por atitude voluntária* (ex.: o doente pede para morrer, pois encontra-se sofrendo mal incurável); 3) *completamente culpável*, subdividindo-se em: 3.1) *vítima provocadora* (ex.: sofre uma agressão física porque dirige graves injúrias a alguém em público); 3.2) *vítima que busca auxiliar o agente* (ex.: no estelionato, a torpeza bilateral é fator de apoio ao agente do crime, pois a vítima também busca levar vantagem); 3.3) *falsa vítima* (ex.: é a moça que acusa o ex-namorado da prática de estupro somente para vingar-se) (cf. Beristain, *Victimologia: nueve palabras clave*, p. 461).

14. Reprovação e prevenção do crime: nota-se, nesse ponto, o caráter primordial da pena, que é castigar o agente (reprovação), dando o exemplo à sociedade (prevenção). Haveria de constar, também, a função reeducativa da sanção penal.

15. Pena-base: é a primeira etapa da fixação do *quantum* da pena, quando o

juiz elege um montante, entre o mínimo e o máximo previstos pelo legislador para o crime, baseado nas circunstâncias judiciais do art. 59. Sobre a pena-base incidirão as agravantes e atenuantes (2.^a fase) e as causas de aumento e de diminuição (3.^a fase).

15-A. Cautela para a não incidência no *bis in idem*: o juiz, mormente na fase de eleição do *quantum* da pena, pode terminar, inconscientemente, aplicando duas vezes a mesma circunstância para majorar a pena, o que é indevido. Muitas circunstâncias são similares e apenas alteram a denominação (e a posição no Código Penal), embora, na essência, signifiquem o mesmo. Ilustrando: não pode o magistrado dizer que, por ter agredido uma criança, o réu é covarde (fator de personalidade), logo, terá sua pena-base elevada, com base no art. 59 do CP; depois, ao analisar as agravantes, novamente aumenta a pena, tendo em vista que se trata de delito contra criança (art. 61, II, h, CP). Ora, o legislador já anteviu esse fator de personalidade (covardia), nesse cenário, inserindo-o como agravante. Por isso, é vedado ao magistrado considerar a mesma circunstância por duas vezes. Deve optar pela mais relevante, que, no caso, é a circunstância legal (agravante), pois prevista pela lei de maneira expressa. Outras situações semelhantes podem ocorrer, de modo que cabe ao julgador atuar com extremada cautela na eleição das circunstâncias que majoram a pena. Para confronto: STF: “Por vislumbrar a ocorrência de *bis in idem*, a Turma, por maioria, deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de delegado da polícia federal que, condenado pela prática dos crimes de peculato e concussão (CP, arts. 312, § 1.º, e 316, *caput*, respectivamente), tivera sua pena majorada em virtude de sua qualidade de funcionário público. Tendo em conta que os delitos imputados ao paciente são crimes de mão própria, entendeu-se que a condição de delegado não poderia ser considerada

como circunstância judicial para elevar a pena-base. No ponto, asseverou-se que a sentença, na parte da dosimetria, referia-se apenas à personalidade do acusado, ao cargo de delegado por ele ocupado e à gravidade de seus atos como circunstâncias judiciais. HC concedido para anular os acórdãos proferidos pelo TRF da 3.^a Região e pelo STJ, bem como a sentença condenatória no capítulo referente à dosimetria da pena, para que outra seja fixada sem levar em conta a condição de funcionário público do paciente na fase do art. 59 do CP, devendo o juiz suprimir o acréscimo correspondente a essa circunstância. Salientou-se, ainda, que, no cálculo da pena, o magistrado, embora possa levar em consideração os elementos que já ponderara, não poderá fazê-lo em relação a novas circunstâncias judiciais, sob pena de a ordem implicar *reformatio in pejus*. Vencido o Min. Joaquim Barbosa que indeferia o writ por considerar que a sentença estaria fundamentada em outros elementos, tais como o fato de o paciente estar armado, o poder de coerção daí decorrente, além de ser incumbido da segurança pública” (HC 88.545-SP, 2.^a T., rel. Eros Grau, 12.06.2007, m. v., *Informativo* 471).

16. Limites mínimo e máximo previstos no preceito secundário do tipo penal incriminador: continua o legislador brasileiro arraigado à posição de que a pena tem o caráter primordial de *castigo*, pois não abre mão de impor um limite mínimo para as sanções penais. Raciocinando-se assim (pena = castigo), sem levar em conta o caráter reeducativo que ela deveria possuir, em primeiro plano, ao criar novos tipos penais, na chamada *individualização legislativa*, impõe-se sempre um mínimo que o juiz deve aplicar ao réu, mesmo que ele, por alguma razão, já não precise daquela sanção. É a aplicação compulsória do castigo. Assim, para quem comete um furto simples, o mínimo possível é de 1 ano de

reclusão. E se, no caso concreto, verificar o juiz que o autor do fato praticou a conduta em momento de desespero (não em estado de necessidade), arrependendo-se profundamente e mudando por completo a sua vida após o cometimento da infração penal? Não poderá perdoá-lo, nem tampouco impor-lhe uma pena menor do que um ano. Pode até substituir a pena privativa de liberdade (após a Lei 9.714/98) por restritiva de direitos, mas igualmente por um ano. Talvez por conta desse rigorismo na aplicação da pena, já teve oportunidade de decidir o Superior Tribunal de Justiça pela aplicação do perdão judicial ao agente de furto (STJ, REsp 112.600/DF, 6.^a T., rel. designado para o acórdão Cernicchiaro, m. v., 21.05.1998). E, nessa linha, convém mencionar a lição de Claus Roxin: “(...) a culpabilidade não deve servir como fundamento a uma retribuição, mas sempre somente como limite superior de pena. Expressa-se que o juiz, ao estabelecer a pena, não deve nunca ultrapassar o grau de culpabilidade, mas certamente pode ficar abaixo dele. (...) A culpabilidade, então, não exige nunca uma pena de determinada magnitude. Só determina qual é o limite que a pena não deve ultrapassar, determinada, quanto ao mais, de acordo com critérios de prevenção especial e geral” (*A culpabilidade como critério limitativo da pena*, p. 14).

17. Fixação do regime inicial de cumprimento da pena: trata-se de importante processo de individualização da pena, pois o regime faz parte da reprimenda merecida pelo acusado. Assim, após ter fixado o montante da pena, é indispensável que o magistrado estabeleça o regime cabível, devendo fundamentar a sua opção, principalmente se escolher um regime mais severo. Portanto, se couberem os regimes fechado, semi-aberto e aberto, para fixar o fechado ou o semi-aberto (mais rigorosos) deve o juiz dar o motivo do seu convencimento. Não o

fazendo, é passível de reforma a sentença. Pode o magistrado, no entanto, valer-se dos mesmos fundamentos que usou para a fixação da pena acima do mínimo, não sendo necessária a repetição, a fim de justificar a imposição de regime mais severo (STF, HC 77.120-1, São Paulo, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 23.02.1999, v. u., DJ 25.05.1999, Seção 1, p. 5). Para os crimes hediondos e equiparados (exceto o delito de tortura), o regime era o fechado *integral*, segundo o disposto no art. 2.^o, § 1.^o, da Lei 8.072/90. A partir de 23.06.2006, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a vedação à progressão nos delitos hediondos e equiparados (ver a nota 18 ao art. 33), logo, o regime passa ser o fechado *inicial*. Ratifica-se esse entendimento pela nova redação ao art. 2.^o, § 1.^o, da Lei 8.072/90, provocada pelo advento da Lei 11.464/2007. Outro ponto que se deve abordar é o pertinente à suspensão condicional da pena, que não é *regime de cumprimento de pena*, mas uma *forma* alternativa de cumprir a pena. Assim, se resolver conceder o *sursis*, fica o magistrado obrigado a estabelecer o regime, pois o benefício pode não ser aceito pelo réu (ele é condicionado) ou pode ser revogado.

18. Fixação do regime sem fundamentação: gera nulidade da sentença, pois fere norma constitucional que obriga o magistrado a fundamentar todas as suas decisões, além de prejudicar a individualização da pena, também princípio constitucional, uma vez que não há a análise minuciosa dos elementos do art. 59 do Código Penal, conforme determinação do art. 33, § 3.^o, do CP. Entretanto, a jurisprudência tem admitido que somente pode o juiz fixar o regime de cumprimento da pena sem fundamentar quando for estabelecido o mais favorável. Nesse caso, presumem-se favoráveis ao réu (presunção para beneficiar seria admitida no direito penal) todas as circunstâncias

do art. 59. Entretanto, pretendendo fixar regime mais gravoso, necessitaria sempre fundamentar, sob pena de incidir em ilegalidade. Nesse sentido: STJ: HC 9.989-SP, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 09.11.1999, v. u., DJ 06.12.1999, p. 105.

19. Substituição da pena privativa de liberdade: cuida o juiz nesse momento de verificar a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Se conceder o *sursis*, não estará fixando um *regime* de cumprimento de pena, mas uma *forma* alternativa para cumprir a pena. Portanto, não se trata de substituição. De todo modo, o magistrado deve *motivar* a opção por conceder ou negar a substituição aventada pelo art. 59, IV, do Código Penal. Conferir: STF: “A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, cuja sentença lhe negara o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44), por força de circunstância relativa a co-réus. Inicialmente, ressaltou-se que as penas restritivas de direitos têm assento constitucional e operam como alternativa aos efeitos estigmatizantes do cárcere, compondo o ‘sistema trifásico’ de aplicação da pena. Dessa forma, o magistrado não pode silenciar sobre a aplicação ou não do art. 44 do CP (‘As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando...’), que instaura nova fase de fixação da pena, necessária e suficiente, para a prevenção e repressão do delito. Aduziu-se que, para ser atendida a teleologia do citado dispositivo, o juiz precisa adentrar o exame das circunstâncias do caso para nelas encontrar os fundamentos da negativa ou da concessão das penas restritivas de direito. Na espécie, entendeu-se que o juízo, antes de examinar as particularidades das condutas dos acusados e de suas condições subjeti-

vas, apenas se referira, de forma genérica, ao art. 44 do CP, denegando a pretendida substituição com base nos antecedentes de co-réus, que não teriam pertinência com a situação do paciente, bem como na presença de circunstâncias que seriam próprias ao tipo penal a ele imputado. Assim, consideraram-se violados os direitos constitucionais da fundamentação dos provimentos judiciais e da individualização da pena. Por fim, ressaltou-se ser possível extrair que o magistrado mencionara a primariedade do paciente, sua boa conduta social e personalidade normal, devendo tais atributos ser, também, valorados na análise do cabimento da substituição. HC deferido para cassar, no ponto, a pena imposta ao paciente e determinar ao juízo de origem que proceda, com base nas circunstâncias do caso concreto, ao exame de que trata o art. 44 do CP” (HC 90.991-RS, 1.ª T., rel. Carlos Britto, 21.06.2007, *Informativo* 472).

20. Imprescindibilidade da fundamentação da pena aplicada: não havendo motivação para a pena aplicada, mormente se estabelecida acima do mínimo legal, configura-se nítido constrangimento ilegal para o réu, sujeitando-se a decisão à anulação. Não é possível suprir as deficiências de fundamentação de uma sentença a não ser proferindo outra em substituição. Assim o entendimento do STF: “Fundamentação das decisões judiciais. Sendo causa de nulidade de decisão de primeiro grau, não a podem suprir nem as informações nem o acórdão das instâncias superiores ao negar o *habeas corpus* ou desprover recurso. Precedentes” (HC 79.392-4-ES, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 31.08.1999, v. u., *DJ* 22.10.1999, p. 58).

21. Fixação da pena no mínimo legal prescinde de motivação: trata-se de outra situação inadmissível, não somente porque todas as decisões do Poder Judiciário devem

ser fundamentadas, mas também pelo fato de se abandonar o processo de individualização da pena, optando-se pelo caminho mais fácil. Em nosso entendimento, a decisão é nula. Entretanto, a jurisprudência vem admitindo tal possibilidade, subentendendo-se, nesse caso, que todas as circunstâncias do art. 59 foram favoráveis ao réu. Tratando-se de presunção em favor do acusado, nada obstará a sua aplicação: STJ: “Se a pena-base foi fixada no mínimo, a defesa não pode, aí, alegar falta de fundamentação” (HC 7.471-RJ, rel. Felix Fischer, 5.ª T., v. u., 01.06.1999, *DJ* 16.08.1999, p. 76).

22. Aumento de pena, acima do mínimo, com fixação de regime mais severo, reconhecendo o juiz que todas as circunstâncias do art. 59 são favoráveis: impossibilidade. Trata-se de autêntico contra-senso o juiz admitir que as circunstâncias judiciais são positivas, nada podendo ser enumerado contra o réu, e, ao mesmo tempo, estabelecer a pena acima do patamar mínimo, com regime mais gravoso do que o permitido em lei. Nesse sentido: STJ: HC 10.425-RS, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 16.11.1999, v. u., *DJ* 13.12.1999, p. 166.

22-A. Fixação completa da pena: há três estágios para o juiz atingir a pena concreta. O primeiro deles, denominado de *primário*, envolve a eleição do montante da pena. Para este, há o sistema trifásico, previsto no art. 68 (pena-base + agravantes e atenuantes + causas de aumento e diminuição). O segundo, estágio *secundário*, abrange a escolha do regime aplicável, quando for possível (fechado, semi-aberto e aberto). O terceiro, denominado estágio *terciário*, engloba a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa, bem como a eventual aplicação do benefício da suspensão condicional da pena. Todos devem ser fundamentados, sob pena de nulidade.

CULPABILIDADE COMO ELEMENTO DO CRIME E FUNDAMENTO DA PENA, ALÉM DE CONSTITUIR PARÂMETRO PARA O LIMITE DA PENA

antecedentes
conduta social
motivos do crime
personalidade
circunstâncias do crime
consequência do crime
comportamento da vítima

LIMITE DA PENA: quanto maior a reprovação incidente sobre o fato e seu autor, mais elevada deve ser a sua pena

FATO TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL

CRIME =

Grau de censura sobre o fato e seu autor.
AUTOR
 {
 imputável
 +
 consciente
 potencialmente
 do ilícito
 +
 capaz de agir conforme as regras do Direito

FUNDAMENTO DA PENA: sem esses elementos, não há crime e, conseqüentemente, não há viabilidade para aplicar pena

ASPECTOS DA PERSONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

POSITIVOS

NEGATIVOS

Bondade _____ Maldade _____
 Calma _____ Agressividade (ver nota) _____
 Paciência _____ Impaciência _____
 Amabilidade _____ Rispidez/Hostilidade _____
 Responsabilidade _____ Irresponsabilidade _____
 Bom-humor _____ Mau-humor _____
 Coragem _____ Covardia _____
 Sensibilidade _____ Frieza _____
 Tolerância _____ Intolerância (ver nota) _____
 Honestidade _____ Desonestidade _____
 Simplicidade _____ Soberba _____
 Despreendimento _____ Inveja/Cobiça _____
 Solidariedade _____ Egoísmo _____

Exemplos:

Matar alguém (art. 121, CP): o dolo e a culpa, quando constatados, são invariáveis

Motivo para matar alguém: os motivos (como causa e/ou objetivo) são variáveis, em hipóteses infinitas

Comparando:

“A” mata “B”, por cobiça, buscando receber uma recompensa

“A” mata “B”, para aliviar-lhe a dor de doença grave (ortotanásia)

motivos = diversos

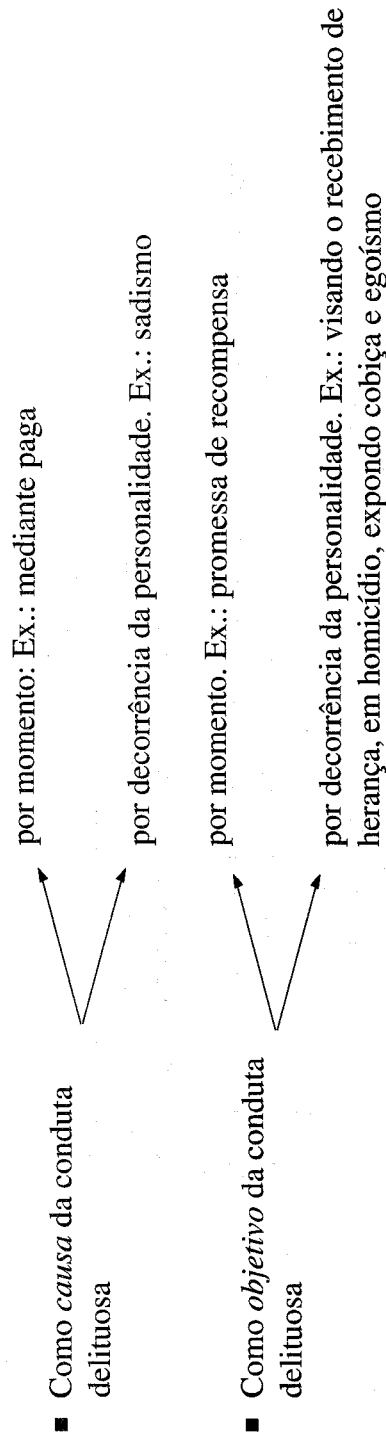
dolo = idêntico

NOTAS:

a) A agressividade humana pode ser positiva ou negativa. Sob o aspecto positivo, ela divide-se em *instrumental* (gana para obter algo ou atingir algum objetivo) ou *defensiva* (proteção à vida ou outro bem). No aspecto negativo, a se ponderar para a fixação de pena, ela pode ser direta (destruição de pessoas ou coisas) ou indireta (maledicência, inveja, sadismo etc.)

b) A intolerância humana tem vários prismas. Exemplos: xenofobia, homofobia, racismo etc.

MOTIVOS DO CRIME: podem ser *conscientes* ou *inconscientes*



MOTIVO ≠ ELEMENTO SUBJETIVO DO CRIME (dolo/culpa)

- | | |
|------------|---|
| ■ Motivo → | dinâmico, variado, mutável, espelhando a riqueza dos pensamentos, desejos humanos
Havendo a prática do crime, o motivo pode ou não ser atingido ou satisfeito |
| ■ Dolo → | estático, concentrado, vinculado ao tipo, significando querer realizar a conduta típica. Não interessa a razão ou o objetivo, como regra |
| ■ Culpa → | estática, concentrada, vinculada ao tipo, significando um comportamento descuidado, que devia ter sido evitado. Não importa a razão ou o objeto da conduta para configurar-se |

COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

1) COMPLETAMENTE INculpável:

nada faz para provocar a situação da qual se torna vítima. Ex.: passando por um local, sofre uma lesão causada por tiro, advindo de tiroteio entre quadrilhas rivais

2) PARCIALMENTE Culpável:

tem alguma contribuição sua para gerar o delito do qual é vítima

2.1) Por ignorância/imprudência: Ex.: gestante morre ao permitir que lhe façam aborto fora do hospital

2.2) Escassa culpabilidade: Ex.: entrega a senha da sua conta bancária ao noivo, que faz saque inesperado e desaparece

2.3) Voluntária: Ex.: doente em estágio terminal pede para morrer

3) COMPLETAMENTE Culpável:

contribui, com sua conduta, de maneira determinante, para a realização do delito do qual se torna vítima

3.1) Provocadora: Ex.: assaltante é morto pela vítima do seu roubo

3.2) Propicia a ocorrência do delito: Ex.: há torpeza bilateral no estelionato, pois a vítima quer levar vantagem indevida

3.3) Falsa vítima (delito simulado): Ex.: acusar o namorado de estupro, quando foram relações consensuais

Notas:

- a) O quadro foi extraído da nossa obra “Individualização da Pena” e fornecido, inicialmente, por Antonio Beristain
- b) O juiz deve graduar a pena do réu, levando em conta a atitude da vítima, elevando a pena-base quando se tratar de ofendido completamente inocente e aproximando-se ou fixando no mínimo quando se tratar de vítima totalmente culpável (censurável)
- c) A falsa vítima deve provocar a absolvição do réu e futuro processo contra quem simulou o delito

Critérios especiais da pena de multa

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.²³

§ 1.º A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.²⁴⁻²⁵

Multa substitutiva

§ 2.º A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código.²⁶⁻²⁷

23. Referência específica: sobre o tema, ver a nota 111 ao art. 49 do Código Penal.

24. Aumento da pena de multa: é possível que, mesmo aplicada no máximo – 360 dias-multa, calculado cada dia em 5 salários mínimos, ou seja, 1.800 salários –, a pena ainda se torne insuficiente para garantir a suficiência da punição pelo crime praticado, em razão da situação econômica privilegiada do réu. Por isso, é permitido ao juiz que triplique esse montante. Teríamos, então, um total máximo de 5.400 salários mínimos. O mesmo dispositivo se encontra na Lei 9.605/98, art. 18 (meio ambiente). Por outro lado, as Leis 7.492/86, art. 33 (crimes contra o sistema financeiro), e 9.279/96, art. 197, parágrafo único (crimes contra a propriedade imaterial), prevêem a possibilidade de aumentar dez vezes o valor máximo da multa, se o juiz entender necessário.

25. Diminuição da pena de multa: a pena de multa, quando for a única prevista para o crime, pode ser reduzida da metade no caso de transação no Juizado Especial Criminal (art. 76, § 1.º, da Lei

9.099/95). No mesmo prisma, prevê o art. 197, parágrafo único, da Lei 9.279/96, que “a multa poderá ser aumentada ou reduzida, em até 10 (dez) vezes, em face das condições pessoais do agente e da magnitude da vantagem auferida, independentemente da norma estabelecida no artigo anterior” (grifamos).

26. Aplicação do § 2.º do art. 60: entendemos que continua vigendo, não tendo sido revogado pelo art. 44, § 2.º, do Código Penal. Ver nota 79 a esse último artigo.

27. Critério para a substituição: deve ser levado em conta o caso concreto, verificando-se se a substituição será suficiente para a reprovação que o crime merece. Assim: TACRIM/SP (atual TJSP): “Ora, a substituição da pena restritiva de liberdade inferior a seis (6) meses, por multa autorizada pela reforma penal (art. 60, § 2.º, do Código Penal, com a redação da Lei 7.209/84), não é automática e só tem lugar quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta e a personalidade do acusado, bem como os motivos e circunstâncias do fato, convençam o juiz de que a pena pecuniária será suficiente à reprovação e prevenção da infração” (Ap. 1.004.099/7, Paraguaçu Paulista, 2.ª C., rel. José Urban, v. u.).

Circunstâncias agravantes²⁸

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem²⁹ ou qualificam³⁰ o crime:³¹

I – a reincidência;³²

II – ter o agente cometido o crime:³³

a) por motivo fútil³⁴⁻³⁵ ou torpe;³⁶

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;³⁷

c) à traição,³⁸ de emboscada,³⁹ ou mediante dissimulação,⁴⁰ ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;⁴¹

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;⁴²

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;^{43-43-A}

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;^{44-45-A}

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;⁴⁶

h) contra criança,⁴⁷ maior de 60 (sessenta) anos,⁴⁸ enfermo⁴⁹ ou mulher grávida;⁵⁰⁻⁵¹

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;⁵²

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;⁵³

l) em estado de embriaguez preordenada.⁵⁴⁻⁵⁵

28. Conceito de agravantes: são circunstâncias objetivas ou subjetivas que aderem ao delito sem modificar sua estrutura típica, influenciando apenas na quantificação da pena em face da particular culpabilidade do agente, devendo o juiz elevar a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstrato, previstos pela lei. Portanto, por maior que seja o número de agravantes presentes, não há possibilidade de se romper o teto estabelecido no tipo penal. Nesse sentido: STF: HC 85.673-PA, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 31.05.2005, v. u.

29. Diferença entre elementares e circunstâncias: as primeiras são componentes do tipo penal básico, integrando o modelo primário de conduta proibida (*caput*), enquanto as outras são apenas elementos que rodeiam o crime, podendo

ou não fazer parte do tipo, sem alterar a sua existência (parágrafos). As circunstâncias que se incorporam ao tipo penal – para aumentar ou diminuir a punição – são consideradas integrantes do tipo derivado (qualificadoras ou privilégios). As que não fazem parte do tipo podem ser legais (previstas expressamente em lei, como as agravantes e atenuantes) ou judiciais (arroladas genericamente no art. 59). O alerta feito nesse artigo é para não se levar em conta, como agravante, a circunstância que tomar parte no tipo penal, vale dizer, aquelas que constituírem o tipo derivado. Ex.: um homicídio tem duas elementares: “matar” e “alguém”. Bastam as duas para configurar o crime. Entretanto, se ele for cometido por motivação fútil, torna-se mais grave, porque possui o “motivo fútil” como circunstância qualificadora. Nesse caso, não se utiliza a agravante da futilidade, tendo em vista que ela já “constitui” o delito. Nessa linha: STJ: “Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares; aqueles que integram o acréscimo, compondo o tipo derivado (qualificado ou privilegiado), são, em regra, circunstâncias” (REsp 192.966-MG, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 13.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 122).

30. Necessidade de evitar o *bis in idem*: utilizando o mesmo raciocínio exposto na nota anterior, quando a circunstância agravante fizer parte do tipo derivado, como qualificadora, não será utilizada como tal, ou seja, o juiz não a levará em conta como circunstância legal. A providência é necessária para evitar a dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*). Veremos mais adiante o conceito de qualificadora, embora, desde logo, saibamos que se trata de uma circunstância integrante do tipo derivado.

31. Rol taxativo: o elenco de agravantes previsto no art. 61 é restrito e não pode ser ampliado. Por isso, não há possibilidade de utilização de qualquer mecanismo, inclusive analogia, para aumentar as suas hipóteses de incidência.

32. Incidência do inciso I: a reincidência, que será melhor analisada nos comentários ao art. 63, é igualmente aplicável aos delitos dolosos e culposos.

33. Rol do inciso II para crimes dolosos: entende-se, majoritariamente, serem aplicáveis as circunstâncias agravantes previstas no inciso II somente aos crimes dolosos, por absoluta incompatibilidade com o delito culposos, cujo resultado é involuntário. Como se poderia chamar de fútil o crime culposos, se o agente não trabalhou diretamente pelo resultado? Como se poderia dizer ter havido homicídio culposos cruel, se o autor nada fez para torná-lo mais sofrido à vítima? Enfim, estamos com a doutrina que sustenta haver incompatibilidade entre o rol do inciso II e o delito culposos. Nessa ótica: Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, *Teoria da pena*, p. 265. Ainda assim, encontramos, embora raramente, aplicação desse inciso ao universo da culpa. Cite-se, como exemplo, o STF: “Não obstante a corrente afirmação apodíctica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposos: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe – a obtenção do lucro fácil –, que, segundo o acórdão condenatório, teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro” (sobre o acidente do barco *Bateau Mouche*; HC,

05.10.1993, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, m. v.; maioria no tocante à substituição da pena para restritiva de direitos e quanto ao regime, mas não com relação à agravante, RT 730/407).

34. Motivo fútil: é o motivo de mínima importância, manifestamente desproporcional à gravidade do fato e à intensidade do motivo. Ex.: matar alguém porque perdeu uma partida de sinuca ou praticar um furto simplesmente para adquirir uma roupa elegante. O fundamento da maior punição da futilidade consiste no egoísmo intolerante, na mesquinhez com que age o autor da infração penal. *Não se deve confundir motivo fútil com motivo injusto:* afinal, o delito é sempre injusto. De outro lado, é bastante polêmica a possibilidade de equiparar a *ausência de motivo* ao motivo fútil. Sustentam alguns que praticar o delito sem qualquer motivo evidencia futilidade, com o que não podemos concordar. O crime sempre tem uma motivação, de modo que desconhecer a razão que levou o agente a cometê-lo jamais deveria ser considerado *motivo fútil*. É possível que o Estado-acusação não descubra qual foi o fator determinante da ação criminosa, o que não significa *ausência de motivo*. Uma pessoa somente é capaz de cometer um delito sem qualquer fundamento se não for normal, merecendo, nesse caso, uma avaliação psicológica, com possível inimizabilidade ou semi-imimizabilidade. Por outro lado, quem comete o delito pelo mero prazer de praticá-lo está agindo com sadismo, o que não deixa de ser um motivo torpe. Ressalte-se que considerar a ausência de motivo como futilidade pode trazer sérios inconvenientes. Imagine-se o agente que tenha matado o estuprador de sua filha – circunstância que a doutrina considera *relevante valor moral* –, embora tenha fugido sem deixar rastro. Testemunhas presenciais do fato o reconhecem nas

fases policial e judicial por fotografia ou porque já o conheciam de vista, mas não sabem indicar a razão do delito. Caso tenha sido denunciado por homicídio cometido por motivo fútil (pela ausência de motivo), estar-se-ia cometendo uma flagrante injustiça. Corretíssima, nesse sentido, a lição de Nélson Hungria: “Não há crime *gratuito* ou sem motivo e é no motivo que reside a significação mesma do crime. O motivo é o ‘adjetivo’ do elemento moral do crime. É em razão do ‘porque’ do crime, principalmente, que se pode rastrear a personalidade do criminoso e identificar a sua maior ou menor anti-sociabilidade” (*Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 122-123). Esclarece Ricardo Levene que o homicídio cometido *sem motivo* equivale a um homicídio praticado por impulso de perversidade brutal (*El delito de homicidio*, p. 155). Em *sentido contrário*: TJSP: “Homicídio qualificado – Motivo fútil – Caracterização – Ausência de motivo para a ação do agente – Recurso provido” (RSE 164.092-3, Taquaritinga, rel. Lustosa Goulart, 18.08.1994). E também: José Antonio Paganella Boschi, *Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 248. Outra questão que merece destaque é o *ciúme*. Não se trata, para a maioria dos autores, de motivo fútil, pois esse sentimento doloroso de um amor inquieto, egoísta e possessivo, apesar de injusto, não pode ser considerado ínfimo ou desprezível. Desde os primórdios da humanidade o ciúme corrói o homem e por vezes chega a configurar uma causa de diminuição da pena ou uma atenuante, quando em decorrência de “violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”. A *embriaguez* é, em regra, incompatível com a futilidade. O sujeito embriagado não tem noção exata do que faz, de forma que suas razões para o cometimento de uma infração penal não devem ser classificadas como fúteis. Entretanto, vigendo ainda no Brasil a responsabilidade objetiva no campo da

embriedade, como comentamos na primeira parte deste trabalho, não é demais supor que os atos do embriagado possam ser considerados desproporcionais ao crime praticado e, portanto, fúteis.

35. Futilidade direta ou imediata e indireta ou mediata: ver a nota 23 ao art. 121, § 2.º, II.

36. Motivo torpe: é o motivo repugnante, abjeto, vil, que demonstra sinal de depravação do espírito do agente. O fundamento da maior punição ao criminoso repousa na moral média, no sentimento ético social comum. Ex.: cometer um crime impulsionado pela ganância ou pela ambição desmedida. Costumeiramente, sustenta-se ser torpe a *vingança*, o que não corresponde sempre à realidade. Nem toda vingança pode ser tachada de torpe. Note-se o exemplo já mencionado do pai que, por vingança, mata o estuprador de sua filha, ou mesmo do professor que agride, por vingança, o traficante que perturba as crianças de sua escola. São motivos de *relevante valor* – moral ou social –, mas nunca repugnantes. Por outro lado, é imperioso destacar a hipocrisia que ainda cerca a questão no contexto social. A moral média – espelhada em livros, revistas, contos, novelas, filmes etc. – nem sempre elege a vingança como motivo a causar asco à sociedade. Fosse assim e não existiriam tantas histórias contendo a vingança como pano de fundo, justamente praticada por aquele que foi agredido injustamente e resolve “fazer justiça pelas próprias mãos”. Não se quer com isso dizer que a vingança é motivo justo ou mesmo ideal de agir, embora não se deva desconhecer que a torpeza é a motivação vil, denotativa de repulsa social ao ato praticado; daí por que nem sempre a sociedade irá considerar torpe uma vingança. Sem falso moralismo, é preciso que o juiz tenha muita cautela antes de acolher

a agravante do motivo torpe fundada na vingança. Do mesmo modo, o ciúme não deve ser considerado motivo torpe, pelas razões já expostas no item anterior.

37. Motivação torpe específica: essa agravante cuida de um motivo torpe com formulação particular. O agente que comete um delito para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro delito demonstra especial torpeza. Quando, eventualmente, consiga o autor atingir dois resultados (ex.: um homicídio para esconder um estelionato), pune-se utilizando a regra do concurso material.

38. Traição: trata-se da consagração da deslealdade, da perfídia, da hipocrisia no cometimento de um crime. Essas referências do legislador são modos específicos de agir, que merecem maior censura no momento de aplicação da pena. A traição divide-se em material (ou objetiva), que é a atitude de golpear alguém pelas costas, e moral (ou subjetiva), que significa ocultar a intenção criminosa, enganando a vítima. Logicamente, a traição engloba a surpresa. Como exemplo, mencionamos um caso concreto que nos foi recentemente narrado: o empregado, despedido da empresa onde trabalhava, retornou ao local do antigo serviço e pediu ao chefe do seu setor – a quem imputava o motivo de sua demissão – para ler um determinado documento que carregava consigo. A vítima não desejava fazê-lo, mas o agente insistiu bastante. Quando tomou o referido papel para ler, foi violentamente golpeada pelas costas.

39. Emboscada: é o ato de esperar alguém passar para atacá-lo, vulgarmente conhecida por tocaia ou cilada.

40. Dissimulação: é o despistamento da vontade hostil; escondendo a vontade

ilícita, o agente ganha maior proximidade da vítima. Fingindo amizade para atacar, leva vantagem e impede a defesa.

41. Interpretação analógica de outro recurso: o legislador se vale da fórmula genérica de “outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa” do ofendido. É natural supor que todas as ações supra-descritas são recursos que prejudicam ou impossibilitam a defesa, embora neste caso haja possibilidade de amoldar qualquer outra situação não descrita expressamente na norma penal. Trata-se de uma fórmula casuística. Há necessidade de ser uma situação análoga às que foram descritas anteriormente. Exemplo disso é o de MacBeth, que assassinou o rei Duncan enquanto o soberano dormia.

42. Análise global do dispositivo: são meios de cometer o crime. Há três gêneros nessa agravante, com quatro espécies. O meio insidioso – que denota estratégia, perfídia –, a crueldade – significando a imposição à vítima de sofrimento além do necessário para alcançar o resultado típico pretendido –, bem como o perigo comum – situação que coloca em risco mais pessoas do que a visada pelo agente – são os gêneros, dos quais o legislador destacou exemplos específicos: a) *emprego de veneno*: podendo significar o uso de um meio insidioso ou camuflado para agir, o que acontece especialmente no homicídio, mas também pode espelhar crueldade, quando a substância provocar morte lenta e dolorosa; b) *o uso de fogo*: algo que tanto pode causar sofrimento exagerado à vítima, como produzir perigo a outras pessoas; c) *explosivo*: que, na definição de Sarrau, é “qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em gás à temperatura elevada” (citação de Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 166), e, assim ocorrendo, apto a provocar a violen-

ta deslocação e destruição de matérias ao seu redor, tratando-se, evidentemente, de perigo comum; d) *tortura*: que é o suplício imposto a alguém, constituindo evidente forma de crueldade (quanto à tortura, como crime autônomo, vide de nossa autoria *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, onde tecemos comentários à Lei 9.455/97).

43. Relações familiares: aumenta-se a punição no caso de crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, tendo em vista a maior insensibilidade moral do agente, que viola o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas pelo matrimônio. Nesse caso, trata-se do parentesco natural ou civil. Descartam-se, apenas, as relações de afinidade, como as figuras do *pai ou da mãe de criação* e outras correlatas. Não se aceita, também, pelo princípio da legalidade estrita que vige em direito penal, qualquer inclusão de concubinos ou companheiros.

43-A. Parricídio: na concepção atual do termo, considera-se o homicídio praticado pelo descendente contra ascendente, incidindo, pois, a agravante prevista neste artigo, uma vez que não se trata de qualificadora. Historicamente, houve diferença no emprego da palavra *parricídio*. Explica Ricardo Levene que “na evolução cronológica desse termo, encontramos que, no Direito Romano, se designava assim, primitivamente, todo homicídio de homem livre (*‘par’* – semelhante), mas o mesmo não provinha de *‘parens’* (parente); depois, pela Lei das Doze Tábuas o parricídio se considerou como a morte do pai pelo filho. A Lei Pompéia de parricídio o estendeu à morte da esposa, sogros, sobrinhos, primos e patrão, mas Constantino o limitou à morte dos ascendentes e descendentes” (*El delito de homicidio*, p. 141).

44. Abuso de autoridade e relações do lar: também nessa agravante pune-se com maior rigor a afronta aos princípios de apoio e assistência que deve haver nessas situações. O abuso de autoridade mencionado é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor-tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado etc. Quanto às relações domésticas, são as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não. Ex.: um primo que se integre à vida da família priva das suas relações domésticas. Coabitação, por sua vez, significa apenas viver sob o mesmo teto, mesmo que por pouco tempo. Ex.: moradores de uma pensão. Finalmente, hospitalidade é a vinculação existente entre as pessoas durante a estada provisória na casa de alguém. Ex.: relação entre anfitrião e convidado durante uma festa.

45. União estável: não sendo possível equiparar o casamento e a união estável para o fim de aplicar a agravante de crime cometido contra cônjuge, é perfeitamente admissível inserir a companheira (ou companheiro), fruto da união estável, na agravante prevista nesta alínea: “prevalecendo-se de relações domésticas”.

45-A. Violência doméstica contra a mulher: a parte final da alínea *f* do inciso II do art. 61 foi introduzida pela Lei 11.340/2006, embora seja totalmente inócua. A mulher agredida no âmbito doméstico já gozava de particular proteção de qualquer modo, o que fica demonstrado nesta mesma alínea (“prevalecendo-se de relações domésticas”), ou na alínea *e* (“contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge”). Ver outros comentários na nota 45 ao art. 43 da Lei 11.340/2006 do nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

46. **Abuso de poder e violações de dever:** o abuso de poder ora retratado é justamente o abuso de uma função pública, por isso muito fácil de ser confundido com o abuso de autoridade, previsto na Lei 4.898/65. É preciso, aliás, cautela para não haver *bis in idem*. Se o agente for punido com base na lei mencionada, não se pode aplicar esta agravante. Entretanto, quando não for o caso de aplicar o *abuso de autoridade*, é possível reconhecer o *abuso de poder*. Ex.: quando uma autoridade constrange alguém, mediante grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, responderá pelo crime descrito no art. 198 combinado com o art. 61, II, g, do Código Penal. Vale destacar recente decisão do Supremo Tribunal Federal em que se discutiu a necessidade de liame entre o abuso de poder e a prática do crime, isto é, para que se possa aplicar a agravante é indispensável que o agente se valha da sua posição de autoridade para a concretização da infração penal. Cuidou-se, no caso concreto, de crime contra a economia popular consistente em “promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações” (art. 65 da Lei 4.591/64) praticado pelo Presidente da Associação dos Servidores Militares do Estado do Rio de Janeiro, que também é coronel do Corpo de Bombeiros. Entendeu, com razão, o Supremo Tribunal Federal não haver relação alguma entre a situação fática gerada pelo autor e o seu cargo de coronel, além de ser de natureza civil a sua posição como presidente da referida entidade. Em suma, os deveres inerentes ao cargo de coronel não foram violados para a prática da infração penal, logo, inaplicável a agravante prevista neste artigo (HC 84.187-RJ, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 24.08.2004, v. u.). Melhor anali-

sando o tema, permitimo-nos reformular a definição anterior acerca de *cargo*. Está-se no contexto do *abuso de poder*, mencionando-se *dever*. Ora, o cargo somente pode ser o público, criado por lei, com denominação própria, número certo e remunerado pelo Estado, vinculando o servidor à Administração estatutariamente. Não vemos, hoje, sentido em mencionar *cargo em empresa particular* (inexiste contexto de *poder e dever*). Por uma questão de coerência, o que não implica em analogia, usando-se a interpretação extensiva, deve-se acrescer a função pública (atribuição que o Estado impõe aos seus servidores para a realização de tarefas nos três Poderes, sem ocupar cargo ou emprego), em lugar do *ofício*, e o emprego público (posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, ocupado por servidor contratado pelo regime da CLT). Como já mencionado, onde se lê *ofício*, deve-se ler *função pública*. Não fosse assim, conferindo-se ao termo *ofício* o seu sentido vulgar, trata-se de uma ocupação manual, pressupondo habilidade. Evidentemente, para quem exerce um *ofício* (ex.: pintor ou dona-de-casa), não há nem *poder*, nem *dever*, ao menos expressos em lei. Logo, inexistiria parâmetro algum para o magistrado considerar que um pintor, em ilustração, praticou o crime violando seu *dever*. Ministério, por seu turno, é o exercício de atividade religiosa; profissão quer dizer uma atividade especializada, pressupondo preparo. Quanto ao exercício de ministério, torna-se indispensável seja uma religião reconhecida pelo Estado, com um mínimo de tradição e com um *código próprio de deveres*, como há no caso da Igreja Católica. No tocante à profissão, devemos considerar apenas as que são reguladas pelo Estado, logo, possuem deveres fixados em lei ou em estatutos reconhecidos por lei (ex.: advogados, médicos, engenheiros etc.).

47. Criança: para efeito de aplicação dessa agravante, há discussão doutrinária e jurisprudencial. Existem, basicamente, *três correntes*: a) a fase da criança vai até os sete anos completos, considerada a *primeira infância*; b) segue até os onze anos completos (doze anos incompletos), buscando conciliar o Código Penal com o Estatuto da Criança e do Adolescente; c) vai até os treze anos completos (quatorze anos incompletos), para aqueles que vêm nas referências feitas no Código Penal uma maior proteção a quem possui essa faixa etária (ex.: art. 121, § 4.º, *in fine*; art. 224, *a*). Segundo Altavilla (*Psicologia judiciária*, p. 84 *ess.*), a fase da criança segue até os 9 anos, ingressando a pessoa, após, na puberdade, que é a etapa intermediária de maturação sexual entre infância e adolescência. Mencionando Rousseau: “A puberdade é como um segundo nascimento; é o momento em que se nasce verdadeiramente para a vida, e nada de humano é mais estranho para o indivíduo”. Com a puberdade, completa Altavilla, “começa a organizar-se uma personalidade nova, na qual predominam aquisições progressivas, muito importantes para o indivíduo e para a espécie”. Após os 12 anos, temos a adolescência, fase de transformações corporais e psicológicas que se estende dessa idade até os 20 anos. Justamente porque a psicologia considera finda a fase infantil entre os 7 e os 9 anos e a lei nada fala a respeito da puberdade (ou pré-puberdade), preferia-se, majoritariamente, a primeira corrente. Dava-se, portanto, uma interpretação restritiva à definição de criança. Entendemos, no entanto, correta a segunda posição, que hoje já se pode considerar predominante, pois não tem sentido considerar criança, para efeito de aplicar a legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente), o menor de até onze anos completos, enquanto para o fim de agravamento da pena somente levar-se

em conta o indivíduo que tenha até sete anos completos. No mesmo sentido: Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, *Teoria da pena*, p. 267; Sérgio de Oliveira Médici, *Teoria dos tipos penais*, p. 118.

48. Idoso: a agravante prevista nesta alínea, a contar pelos ofendidos que enumerou – criança, idoso, enfermo e mulher grávida –, tem em vista assegurar punição mais severa ao autor de crime que demonstrou maior covardia e facilidade no cometimento da infração penal, justamente pela menor capacidade de resistência dessas pessoas, devendo, naturalmente, haver nexo lógico entre a conduta desenvolvida e o estado de fragilidade da vítima. No entanto, o Código Penal mencionava caber a agravante quando o delito fosse cometido contra *velho*, que, majoritariamente, era entendido no sentido biológico, isto é, aquele que atingiu a senilidade, a decrepitude, tornando-se incapaz de se defender. Superou-se essa terminologia, de fato inadequada, para assegurar maior punição a quem fere interesse ou bem jurídico de pessoa maior de 60 anos. O critério passa a ser cronológico, sem maior discussão em torno do momento em que se atinge a *velhice*. Há, no entanto, uma falha na redação da Lei 10.741/2003, pois, no art. 1.º, mencionou ser idosa a pessoa com idade *igual* ou *superior* a 60 anos, quando bastaria mencionar o maior de 60 anos. Quem completa essa idade já pode ser considerado *maior de 60*, exatamente como ocorre com a pessoa que completa 18 anos, tornando-se imputável no dia do seu aniversário (aliás, sobre o assunto, consultar a nota 9 ao art. 27). Quando comentamos o disposto no art. 203, § 2.º (crime de *frustração de direito assegurado por lei trabalhista*), que traz causa de aumento de pena ao cuidar de ofendido idoso, mencionamos o acerto da terminologia *idoso* em lugar de *velho*. E, naquele caso, vez que o tipo se referia a

vítima idosa, já se podia considerar como tal a pessoa com mais de 60 anos, pois era o expressamente disposto no art. 2.º da Lei 8.842/94, que criou a política nacional do idoso e o Conselho Nacional do Idoso. Agora há uniformidade terminológica na proteção à pessoa idosa, o que é extremamente positivo.

49. Enfermo: inicialmente podemos afirmar que enfermo é a pessoa que se encontra doente, portadora de alguma moléstia ou perturbação da saúde, embora se possa dizer, ainda, que é a pessoa anormal ou imperfeita. Para fim de aplicação da agravante, especialmente porque o direito penal não veda a aplicação da interpretação extensiva, podemos utilizar o termo em sentido amplo, até para fazer valer o bom senso. Quem tem as resistências diminuídas em razão de algum mal é uma pessoa enferma, contra a qual, em determinadas circunstâncias, pode-se praticar um delito mais facilmente. Por isso, justifica-se a agravação da pena. Do mesmo modo que contra a criança, o velho e a mulher grávida o agente do delito mostra sua pusilanidade e ousadia, contra a pessoa adoentada faz o mesmo. É preciso, no entanto, checar, no caso concreto, qual é a moléstia ou a perturbação que acomete a vítima, a fim de não haver injustiça. O sujeito gripado pode ser considerado enfermo, embora não o possa ser para finalidade de aplicar a agravante. Assim, quem cometer um roubo contra o indivíduo nesse estado não merece pena mais grave, visto não ser enfermidade capaz de, em regra, diminuir sua capacidade de resistência. Diferente do outro, acometido de pneumonia, preso ao leito, contra quem se pratica um furto. Estando impossibilitado de se defender a contento, configura-se a agravante. Questão tormentosa é a do deficiente. A lei não o incluiu expressamente, como o fez a Lei

9.455/97 (Lei da Tortura), dentre os protegidos por esta agravante. O cometimento de crime contra deficiente pode configurar a agravante da enfermidade? Valemo-nos, para responder a essa indagação, do estudo feito por Luiz Alberto David Araujo, sobre o tema. Diz o autor que “o conceito de deficiência reside na incapacidade do indivíduo para certas tarefas, não na falta de qualquer capacidade física ou mental. A análise isolada não poderá ser feita; pelo contrário, a deficiência deve ser sempre correlacionada a tarefa ou atividade. (...) As deficiências não se restringem, apenas, aos sentidos (visual, auditiva ou da fala), nem aos membros (locomotores ou movimentação) ou, ainda, às faculdades mentais (deficiência mental), mas também alcançam situações decorrentes das mais variadas causas (fenilcetonúria, esclerose múltipla, talassemia, renais crônicos, dentre outros, inclusive AIDS). As pessoas portadoras de deficiência apresentam graus de dificuldade de integração, com uma multiplicidade de situações, que deve ser objeto de atenção rigorosa, tanto do legislador infraconstitucional, como do administrador e do juiz” (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 131). Portanto, pode ser considerado enfermo o deficiente e vice-versa, dependendo, no entanto, do caso concreto. O superdotado – pessoa com coeficiente de inteligência acima do normal – pode ser, segundo Araujo, um sujeito com dificuldade de integração social, considerado, pois, um portador de “deficiência”, visto necessitar de cuidado e tratamento especial. Esse caso trata de um deficiente que, para efeito penal, não deve ser considerado um enfermo. Por outro lado, o acometido de insuficiência renal crônica e o aidético são considerados enfermos e, ainda, portadores de deficiência. Assim, é cabível, conforme a situação concreta que se apresentar ao juiz, aplicar

a agravante da enfermidade também às vítimas portadoras de deficiência física ou mental. Finalizando, lembremos sempre que a enfermidade (abrangida a deficiência) deve ter relação com o crime praticado (quem quebrou uma perna está enfermo e, temporariamente, deficiente, mas não se pode aplicar a agravante se, realizando um negócio, for vítima de estelionato).

50. Mulher grávida: deve ser vista no mesmo prisma da maior dificuldade em se defender. Não é a simples existência da gravidez que torna o crime mais grave, sendo indispensável existir uma relação entre o estado gravídico e o delito perpetrado. Além disso, não basta a gravidez de alguns dias, sendo necessário um estágio mais avançado, que torne a mulher presa fácil de agentes criminosos. Abre-se exceção a tal regra se a gestação, mesmo que em estágio inicial, for conhecida do agente e o crime tiver relação com a maior exposição física e emocional que a mulher sofre, como quando é vítima do delito de tortura.

51. Razão de ser da agravante: não é preciso salientar que a agravante se deve ao fato de o agente atuar com maior perversidade ao investir contra essas pessoas, demonstrando sua frieza e covardia. Naturalmente, crianças, idosos, enfermos e mulheres grávidas têm maior dificuldade de se defender e, justamente por isso, pune-se mais gravemente o crime contra elas praticado.

52. Proteção da autoridade: quem está sob proteção do Estado não deve ser atacado, agredido ou perturbado. O agente que comete o delito contra vítima em tal situação demonstra ousadia ímpar, desafiando a autoridade estatal. Por isso, merece maior reprimenda. É o caso do linchamento, quando pessoas invadem uma delegacia para de lá retirar o preso, matando-o.

53. Situação de desgraça particular ou calamidade pública: mais uma vez o legislador pretende punir quem demonstra particular desprezo pela solidariedade e fraternidade, num autêntico sadismo moral, aproveitando-se de situações calamitosas para cometer o delito. Vale-se da fórmula genérica e depois dos exemplos específicos. Constituem os gêneros da agravante: a) *calamidade pública*: que é a tragédia envolvendo muitas pessoas; b) *desgraça particular do ofendido*: que é a tragédia envolvendo uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas. Como espécies desses gêneros temos o incêndio, o naufrágio e a inundação, que podem ser ora calamidades públicas, ora desgraças particulares de alguém. Ex.: durante a inundação de um bairro, o agente resolve ingressar nas casas para furtar, enquanto os moradores buscam socorro.

54. Embriaguez preordenada: não bastasse ser punido o crime cometido no estado de ebriedade, atingido pelo agente de forma voluntária, há maior rigor na fixação da pena quando essa embriaguez foi alcançada de maneira preordenada, planejada. Há pessoas que não teriam coragem de cometer um crime em estado normal – para atingirem seu desiderato, embriagam-se e, com isso, chegam ao resultado almejado. A finalidade da maior punição é abranger pessoas que, em estado de sobriedade, não teriam agido criminosamente, bem como evitar que o agente se coloque, de propósito, em estado de inimizabilidade, podendo dele valer-se mais tarde para buscar uma exclusão de culpabilidade. Essa é a típica situação de aplicação de teoria da *actio libera in causa*, conforme expusemos no capítulo pertinente à imputabilidade penal.

55. Agravantes previstas em legislação especial: o legislador faz constar em leis especiais algumas circunstâncias agra-

vantes típicas de situações determinadas. Portanto, o rol do art. 61 é taxativo para aplicação aos crimes previstos no Código Penal. Quando se tratar de leis especiais, é possível que outras surjam, sem que haja qualquer comprometimento ao princípio da legalidade, mesmo porque estão prévia e expressamente previstas em lei. É o caso do art. 15 da Lei 9.605/98 (meio ambiente): “São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – reincidência nos crimes de natureza ambiental; II – ter o agente cometido a infração: *a*) para obter vantagem pecuniária; *b*) coagindo outrem para a execução material da infração; *c*) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente; *d*) concorrendo para danos à propriedade alheia; *e*) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso; *f*) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos; *g*) em período de defeso à fauna; *h*) em domingos ou feriados; *i*) à noite; *j*) em épocas de seca ou inundações; *l*) no interior do espaço territorial especialmente protegido; *m*) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais; *n*) mediante fraude ou abuso de confiança; *o*) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental; *p*) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais; *q*) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes; *r*) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções”. Mencione-se, ainda, como exemplo, o disposto no art. 4.º da Lei 7.170/83 (segurança nacional): “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não elementares do crime: I – ser o agente reincidente; II – ter o agente: *a*) praticado o crime com o auxílio, de qualquer espécie,

de governo, organização internacional ou grupos estrangeiros; *b*) promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais, no caso do concurso de agentes”.

Agravantes no caso de concurso de pessoas⁵⁶

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;^{57-57-A}

II – coage ou induz outrem à execução material do crime;⁵⁸

III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;⁵⁹

IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.⁶⁰

56. Inteligência da expressão concurso de pessoas: é preciso considerar que houve um equívoco legislativo na redação da rubrica do art. 62, denominando-se *concurso de pessoas* o que seria somente a aplicação de agravantes concernentes a delitos cometidos com o intercurso de mais de uma pessoa, mas não necessariamente baseado no art. 29 do Código Penal. Assim, pode-se aplicar a agravante deste dispositivo legal ao caso da autoria mediata por coação moral irresistível, embora não seja essa situação considerada um autêntico *concurso de pessoas*.

57. Mentor ou dirigente da atividade criminosa: esta é a hipótese que abrange a pessoa que comanda, organiza ou favorece a prática de um delito. Naturalmente, o *cabeça* de uma quadrilha ou o *mentor intelectual* do fato é mais perigoso que o mero executor. Este, sozinho, pode não ter condições ou

coragem para o cometimento da infração penal; daí por que se pune mais gravemente quem dá força à organização da atividade delituosa. Por isso sustentamos, nos comentários ao art. 29, que o partícipe – no caso de atuar como mentor ou dirigente – pode receber pena mais elevada do que o co-autor, que executou materialmente o crime.

57-A. Mentor intelectual, participação e *bis in idem*: temos sustentado (nota 3 ao art. 29) que o autor intelectual do delito (ou mandante) é partícipe, pois não praticou nenhum elemento do tipo penal (quem manda matar, efetivamente, não *executa* o homicídio, por exemplo). Isso não significa que deva ter punição menor. Ao contrário, preceitua o art. 29 do Código Penal que qualquer concorrente do crime (co-autor ou partícipe) responde de acordo com sua culpabilidade (grau de reprovação merecido). O mandante, em muitos casos, merece pena mais severa que a aplicada ao executor. Aliás, esse é o motivo de existir a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal. Por isso, em especial no Tribunal do Júri, se o magistrado propuser o quesito de participação (“Fulano concorreu de qualquer modo para o crime, dirigindo a atividade dos executores?”), para determinar a sua concorrência para o evento e, na sequência, indagar, novamente, porém a título de agravante, se ele foi o dirigente da atividade dos executores, inexistente *bis in idem*. Os quesitos têm fundamentação e objetivação diversas. O primeiro tem por finalidade determinar se Fulano concorreu para o delito. O segundo diz respeito à circunstância agravante. Conferir: STF: “Repeliu-se, também, a alegação de que a agravante reconhecida pelo Tribunal do Júri – promover e organizar a atividade criminosa (CP, art. 62, I) – teria implicado *bis in idem*. Esclareceu-se que, no

momento da quesitação da circunstância agravante, o Júri admitira que o apelante não só fora o autor intelectual do crime, mas também promovera e organizara toda a atividade criminosa. Daí, considerando a pena mínima do crime de homicídio e as qualificadoras reconhecidas pelo Júri, atribuiu-se, por força do art. 62, I, do CP, mais dois anos à pena provisoriamente fixada, tornando-a definitiva em 16 anos e 6 meses de reclusão. Por fim, tendo em vista que o crime de homicídio qualificado não era hediondo à época dos fatos, não incidindo a Lei 8.072/90 e os demais dispositivos penais referentes ao caráter hediondo do crime, determinou-se o cumprimento da pena no regime inicialmente fechado. Ordenou-se, ainda, a expedição do mandado de prisão depois do trânsito em julgado da condenação” (AO 1.046-RR, Pleno, rel. Joaquim Barbosa, 23.04.2007, v. u., *Informativo* 464).

58. Coação ou indução ao crime: coagir é obrigar, enquanto induzir é dar a idéia. Tanto uma situação quanto outra tornam o coator ou indutor mais perigoso do que o mero executor. No caso da coação, é possível até que, em se tratando de coação moral irresistível, somente responda o coator (autoria mediata). Entretanto, se a coação for resistível, o coator responde por esta agravante e o coato recebe uma atenuante (art. 65, III, c, CP).

59. Instigação ou determinação para o delito: instigar é fomentar idéia já existente, enquanto determinar é dar a ordem para que o crime seja cometido. A referida ordem pode ser de superior para subordinado, podendo até mesmo configurar para o executor uma hipótese de exclusão da culpabilidade (obediência hierárquica) ou de atenuante (art. 65, III, c, CP), podendo ainda ser dada a um inimputável, o que

configura, outra vez, a autoria mediata, punindo mais gravemente o autor mediato.

60. Criminoso mercenário: trata-se de uma hipótese de torpeza específica, ou seja, o agente que comete o crime ou dele toma parte pensando em receber algum tipo de recompensa.

Reincidência^{61-61-A}

Art. 63. Verifica-se a reincidência⁶² quando o agente comete novo crime,⁶³ depois de transitar em julgado a sentença⁶⁴ que, no País ou no estrangeiro,⁶⁵ o tenha condenado por crime anterior.⁶⁶⁻⁶⁷

61. Conceito de reincidência: é o cometimento de uma infração penal após já ter sido o agente condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior, por crime anterior. Admite-se, ainda, porque previsto expressamente na Lei das Contravenções Penais, o cometimento de contravenção penal após já ter sido o autor anteriormente condenado com trânsito em julgado por contravenção penal. Portanto, admite-se, para efeito de reincidência, o seguinte quadro: a) crime (antes) – crime (depois); b) crime (antes) – contravenção penal (depois); c) contravenção (antes) – contravenção (depois). Não se admite: contravenção (antes) – crime (depois), por falta de previsão legal.

61-A. Reincidência e o princípio constitucional da vedação da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*): é certo que ninguém deve ser punido *duas vezes pelo mesmo fato*. Se Fulano subtraiu bens de Beltrano, torna-se lógico não poder sofrer duas condenações por furto. Basta uma. Algumas vozes, entretanto, sustentam que levar em consideração, ilustrando, um furto anteriormente cometido por Fulano, pelo qual já foi condenado e cumpriu pena,

com o fito de, em processo por roubo posterior, noutro cenário, portanto, ser condenado como reincidente, seria uma maneira indireta de punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. O raciocínio seria o seguinte: se já pagou pelo delito de furto, quando for condenado por roubo, o juiz não poderia elevar a pena deste último delito, com base no anterior crime de furto. O referido aumento constituiria a punição *dupla*. A idéia, em nosso entendimento, peca pela simplicidade. O sistema de fixação de penas obedece a outro preceito constitucional, merecedor de integração com os demais princípios penais, que é a individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CF). Não haverá pena padronizada. Cada ser humano deve valer por si mesmo, detentor de qualidades e defeitos, ponderados, quando espalhados num cenário criminoso, pelo julgador de modo particularizado. Logo, no exemplo acima, Fulano não está recebendo *nova punição* pelo seu anterior furto. Ao contrário, a pena do seu mais recente crime – o roubo – comporta gradação e o magistrado nada mais faz do que considerar o fato de Fulano, já tendo sido apenado pelo Estado, tornar a delinquir, desafiando a ordem pública e as leis vigentes. Demonstra persistência e rebeldia inaceitáveis para quem pretenda viver em sociedade. Destarte, sofre uma punição mais severa, *dentro da faixa* prevista para o roubo. Não se aplica a pena deste último crime no máximo e lança-se, acima disso, outra punição qualquer pelo furto anterior. Nada disso é operacionalizado. Ademais, se a reincidência fosse considerada inaplicável, como agravante, o que se diria de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal? Se alguém pode sofrer penalidade mais grave simplesmente por apresentar personalidade perversa, é mais que natural deva o reincidente experimentar sanção mais elevada. Nessa ótica: STF: “A majoração da pena resultante da reincidência

não configura violação ao princípio do *non bis in idem*. Com base nesse entendimento e assentando a recepção, pela CF/88, do inciso I do art. 61 do CP (*‘São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência’*), a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática do crime de roubo, cuja pena fora majorada em razão da reincidência, e mantida pelo STJ, sustentava que a sua utilização, como causa obrigatória de agravamento de pena, conflitaria com o aludido princípio constitucional, porquanto estabelecería como regra a punição a fato já punido. Considerou-se que o acórdão do STJ estaria em consonância com a orientação pacificada nesta Corte. Precedentes citados: HC 73.394/SP (DJU 21.03.1997); HC 74.746/SP (DJU 11.04.1997)” (HC 91.688-RS, 2.^a T., rel. Eros Grau, 14.08.2007, v. u., Informativo 476).

62. Espécies de reincidência: a) *reincidência real*: quando o agente comete novo delito depois de já ter efetivamente cumprido pena por crime anterior; b) *reincidência ficta*: quando o autor comete novo crime depois de ter sido condenado, mas ainda sem cumprir pena.

63. Primariedade e reincidência: é nítida a distinção feita pela lei penal, no sentido de que é primário quem não é reincidente; este, por sua vez, é aquele que comete novo delito nos cinco anos depois da extinção da sua última pena. Logo, não há cabimento algum em criar-se uma situação intermediária, como o chamado *tecnicamente primário*, legalmente inexistente. Deixando de ser reincidente, após os 5 anos previstos no inciso I do próximo artigo, torna a ser primário, embora possa ter maus antecedentes.

64. Cometimento de crime no dia em que transita em julgado a sentença

condenatória por crime anterior: não é capaz de gerar a reincidência, pois a lei é expressa ao mencionar “depois” do trânsito em julgado. O dia do trânsito, portanto, não se encaixa na hipótese legal.

65. Condenação no exterior: conforme comentário feito no art. 9.^o do Código Penal, não é preciso a homologação do Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento da sentença condenatória definitiva estrangeira, visto que se trata apenas de um *fato jurídico*.

66. Prova da reincidência: é preciso juntar aos autos a certidão cartorária comprovando a condenação anterior. Não se deve reconhecer a reincidência por meio da análise da folha de antecedentes, que pode conter muitos erros, pois não é expedida diretamente pelo juízo da condenação. Assim: TJSP: “Para efeito de fixação da pena, os antecedentes criminais não devem se basear somente em folha de antecedentes, mas, sim, em certidão cartorária” (Ap. 310.605-3, Sumaré, 5.^a C., rel. Celso Limongi, 21.12.2000, v. u., JUBI 59/01).

67. Cuidado especial para evitar o *bis in idem*: o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica: Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. Note-se, entretanto, que o réu possuidor de mais de um antecedente criminal pode ter reconhecidas contra si tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente: STF: “O Supremo Tribunal Federal tem entendi-

mento pacificado quanto à possibilidade de a condenação criminal que não pôde ser considerada para o efeito da reincidência – em face do decurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do CP – ser considerada a título de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. Precedentes” (RO em HC 83.547, 1.^a T., rel. Carlos Britto, 21.10.2003, v. u.).

Art. 64. Para efeito de reincidência:⁶⁸⁻⁷⁰

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos;⁷¹ computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;⁷²

II – não se consideram os crimes militares próprios⁷³ e políticos.⁷⁴⁻⁷⁵

68. Reincidência e pena de multa: a pena pecuniária é capaz de gerar reincidência, pois o art. 63 do CP não faz diferença alguma, para esse efeito, do tipo de pena aplicada. Portanto, basta haver condenação, pouco importando se a uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Há posição em contrário, sustentando que a multa não gera reincidência por, basicamente, duas razões: a) o art. 77, § 1.º, do Código Penal, menciona que a pena de multa, anteriormente aplicada, não impede a concessão do *sursis*. Por isso, não é suficiente para gerar a reincidência, visto não ser cabível a suspensão condicional da pena ao reincidente em crime doloso (art. 77, I, CP); b) a multa é pena de pouca monta, aplicável a crimes mais leves, não sendo suficiente, portanto, para gerar efeitos tão drásticos como os previstos para o caso de reincidência. Essas razões não são capazes

de afastar a reincidência, tendo em vista que a exceção aberta no art. 77, § 1.º, do Código Penal é apenas para propiciar a concessão de *sursis* a quem já foi condenado por crime anterior a uma pena de multa, o que não significa ter afastado o reconhecimento da reincidência. O mesmo se diga do outro argumento: ainda que a pena aplicada seja branda, é preciso considerar que houve condenação, logo, é o suficiente para o juiz levar em conta na próxima condenação que surgir. No mesmo prisma, defende Aníbal Bruno que a multa “pode ter caráter pouco aflitivo, mas impõe ao réu a qualidade de condenado e assim adverte-o para a comissão de novo crime, que lhe comunicaria a condição de reincidente, com as graves consequências daí resultantes” (*Das penas*, p. 82).

69. Efeitos da reincidência: são os seguintes: a) existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP); b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa (arts. 44, II, e 60, § 2.º, CP); c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção do *sursis* (art. 77, I, CP); d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semi-aberto e aberto (art. 33, § 2.º, *b e c*, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito (vide nota ao art. 33, CP); e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP); g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, *caput*, CP); h) causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP); i) possibilidade de revogação do *sursis* (art. 81, I, CP), do livramento

condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme art. 95, CP); j) impedimento ao direito de apelar em liberdade (art. 59 da Lei 11.343/2006); l) aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma (art. 19, § 1.º, LCP); m) integração ao tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo (LCP, art. 25: “Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de 2 [dois] meses a 1 [um] ano, e multa”); n) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas (arts. 155, § 2.º, 171, § 1.º, e 170, CP); o) possibilidade de causar a decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP); p) impedimento aos benefícios da Lei 9.099/95 (arts. 76, § 2.º, I, e 89, *caput*).

70. Indulto, anistia e *abolitio criminis* com relação ao crime anterior: o primeiro não gera efeito algum na reincidência, enquanto as duas últimas servem para desfazê-la.

71. Caducidade da condenação anterior: para efeito de gerar reincidência, a condenação definitiva, anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 anos para perder força. Portanto, decorrido o quinquídio, não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Não se trata de decair a reincidência, mas sim

a condenação: afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário.

72. Inclusão dos prazos do *sursis* e do livramento condicional: caso o agente esteja em gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, não tendo havido revogação, o prazo dos benefícios serão incluídos no cômputo dos 5 anos para fazer caducar a condenação anterior. Ex.: se o condenado cumpre *sursis* por 2 anos, sem revogação – ao término, o juiz declara extinta a sua pena, nos termos do art. 82 do Código Penal, e ele terá somente mais 3 anos para que essa condenação perca a força para gerar reincidência. Quanto ao livramento condicional, se alguém, condenado a 12 anos de reclusão, vai cumprir livramento por 6 anos, é natural que essa condenação, ao término, sem ter havido revogação e declarada extinta a pena, nos termos do art. 90 do Código Penal, perca imediatamente a força para gerar reincidência. No caso do *sursis*, os 5 anos são contados a partir da data da audiência admonitória: TJSP: “Primariedade contestada, visto não terem decorrido 5 anos entre a data do cumprimento do *sursis* concedido em condenação anterior e o novo fato delituoso – Inadmissibilidade – Prazo que se conta da audiência admonitória – Recurso não provido” (Rec. 27.774-3, 4.ª C., rel. Nelson Fonseca, 25.06.1984, v. u., embora antigo o acórdão, continua a espelhar a posição de vários tribunais pátrios).

73. Crimes militares próprios e impróprios: são próprios os crimes militares previstos unicamente no Código Penal Militar, portanto, praticados exclusivamente por militares. O civil, sozinho, não os pode praticar, pois não preencherá o tipo penal. Exemplos: no contexto do *motim ou revolta*: “Deixar o militar ou assemelhado de levar

ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia, ou, estando presente ao ato criminoso, não usar de todos os meios ao seu alcance para impedi-lo: Pena – reclusão, de 3 (três) a 5 (cinco) anos” (art. 151, CPM); na órbita do *desrespeito*: “Desrespeitar superior diante de outro militar: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. Se o fato é praticado contra o comandante da unidade a que pertence o agente, oficial-general, oficial de dia, de serviço ou de quarto, a pena é aumentada da 1/2 (metade)” (art. 160, CPM); no cenário do *descumprimento de ordem*: “Opor-se às ordens da sentinela: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave” (art. 164, CPM); *deserção*: “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se oficial, a pena é agravada” (art. 187, CPM); *dormir em serviço*: “Dormir o militar, quando em serviço, como oficial de quarto ou de ronda, ou em situação equivalente, ou, não sendo oficial, em serviço de sentinela, vigia, plantão às máquinas, ao leme, de ronda ou em qualquer serviço de natureza semelhante: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano” (art. 203, CPM). Por outro lado, os crimes militares impróprios são capazes de gerar reincidência, pois são delitos previstos igualmente no Código Penal Militar e no Código Penal comum. Exemplos: homicídio (arts. 205, CPM, e 121, CP), lesões corporais (arts. 209, CPM, e 129, CP), rixa (arts. 211, CPM, e 137, CP), estupro (arts. 232, CPM, e 213, CP), entre outros. Se uma pessoa comete um crime militar próprio (deserção) e depois pratica um furto (art. 155, CP), não é reincidente. Mas se cometer um

estupro (art. 232, CPM) e depois cometer um roubo (art. 157, CP), torna-se reincidente. Finalmente, é de se ressaltar que gera reincidência o cometimento de um crime militar próprio e de outro delito militar próprio (art. 71, CPM), pois o que a lei quer evitar é a mistura entre crime militar próprio e crime comum.

74. Crime político: é o que ofende interesse político do Estado, tais como integridade territorial, soberania nacional, regime representativo e democrático, Federação, Estado de Direito, a pessoa dos chefes dos poderes da União, independência etc.

75. Critérios para averiguar o crime político: há, basicamente, *três*: a) *objetivo*: liga-se à qualidade do bem jurídico ameaçado ou ofendido (soberania do Estado, integridade territorial etc.); b) *subjetivo*: leva em conta a natureza do motivo que impele à ação, que deve ser sempre político (como melhoria das condições de vida da Nação); c) *misto*: é a conjunção dos dois anteriores e representa a tendência atual, pois é o que adotamos, conforme art. 2.º da Lei 7.170/83: “Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I – a motivação e os objetivos do agente; II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior”. Exemplo de crime político: “Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 20 (vinte) anos” (art. 9.º, Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/83). Há, ainda, os denominados *crimes políticos relativos*, que são crimes comuns determinados, no todo ou em parte, por motivos políticos. Estes são capazes de gerar a reincidência. Deve-se salientar, ainda, que a condenação

por crime político anterior e o cometimento de outro crime igualmente político é capaz de gerar a reincidência (art. 4.º, I, Lei 7.170/83), pois o que a lei penal quis evitar foi a confusão entre crime político e crime comum.

Circunstâncias atenuantes⁷⁶

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:⁷⁷

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato,⁷⁸ ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;⁷⁹

II – o desconhecimento da lei;⁸⁰

III – ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;⁸¹

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;⁸²

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir,⁸³ ou em cumprimento de ordem de autoridade superior,⁸⁴ ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;^{85 85-A}

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;⁸⁶

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.⁸⁷

76. Conceito de atenuantes: são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade, devendo o juiz diminuir a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstrato, previstos pela lei. Portanto, por maior que seja o número de atenuantes presentes, não há possibilidade de se romper o piso estabelecido no tipo penal. Nesse sentido: STF: HC 85.673-PA, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 31.05.2005, v. u.

77. Fixação da pena abaixo do mínimo legal: utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem *sempre* servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado *deveria* reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. Ex.: um homicídio tentado, cuja pena tenha sido fixada no mínimo legal (6 anos), pode ter uma redução de 1/3 a 2/3 porque a própria lei assim o dita (art. 14, parágrafo único, CP), tratando-se de uma *tipicidade por extensão*. Nesse sentido, a posição tranquila do Supremo Tribunal Federal: “Pena – Circunstância legal – Menoridade – Limite. A consideração de atenuante não pode conduzir a fixação da pena em quantitativo inferior ao mínimo previsto para o tipo, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição” (HC 73.924-SP, 2.ª T., rel. Marco Aurélio, 06.08.1996, v. u.). Idem no Tribunal de Justiça de São Paulo: “A eventual existência de circunstância atenuante não pode implicar em redução da pena abaixo do mínimo legal” (Rev. 232.366-

3, Cotia, 1.º Grupo de Câmaras, rel. Fortes Barbosa, 15.06.1998, v. u.). Atualmente, está em vigor a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (22.09.1999). Na doutrina, mencione-se a lição de Lyrurgo de Castro Santos: “Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica” (*O princípio de legalidade no moderno direito penal*, p. 193).

78. Menoridade relativa: a menoridade relativa é atenuante aplicável aos indivíduos entre 18 e 21 anos na data do fato. Foi introduzida como atenuante no sistema penal a partir do Código Criminal do Império, de 1830, fixando-se, desde então, como preponderante no confronto com eventuais agravantes. Atualmente, continua sendo a principal das atenuantes, por tradição, entendendo-se que o menor, nessa idade, ainda não se encontra totalmente amadurecido, merecendo a benevolência do juiz no momento da fixação da pena (note-se que, psicologicamente, pode-se considerar adolescente a pessoa até 20 anos de idade, como mencionamos na nota ao art. 61, II, *h*, CP). Tanto assim é que, por ocasião da edição do Código de Trânsito Brasileiro, em 1997, havia o art. 299, nos seguintes termos: “Nas infrações penais de que trata este Código, não constitui circunstância atenuante o fato de contar o

condutor do veículo menos de vinte e um anos, na data do evento, ou mais de setenta, na data da sentença”. A justificativa para o veto do Presidente da República foi justamente ser da tradição do direito brasileiro a aplicação dessa atenuante, não sendo o caso de afastá-la. Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, deve ela sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a reincidência. A prova da menoridade se faz por qualquer documento hábil, como preceitua a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça (TJSP, AC 147.661-3/0-SP, 6.ª C., rel. Djalma Lofrano, 07.10.1993: “Não trouxe certidão de nascimento, mas foi qualificado à vista do seu Registro Geral, do qual consta que nasceu a 12.09.1972”). A entrada em vigor do novo Código Civil (Lei 10.406/2002), considerando plenamente capaz o maior de 18 anos *para os atos da vida civil*, em nada altera a aplicação desta atenuante, que deve continuar a ser considerada pelo magistrado na aplicação da pena. Note-se que o texto do Código Penal não faz referência a *menor*, sem especificar qualquer idade, quando então poder-se-ia supor ser o civilmente incapaz. Ao contrário, a referência é nítida quanto à idade da pessoa que possui *menos* de 21 e, obviamente, mais de 18. O mesmo critério foi utilizado para a concessão da atenuante da senilidade, quando o Código preferiu valer-se da idade certa, ao mencionar a pessoa maior de 70 anos na data da sentença. É interessante registrar que, atualmente, com a edição do Estatuto do Idoso, busca-se conceder efetiva proteção ao maior de 60 anos, o que não serve para alterar a atenuante do art. 65, I, segunda parte (ver nota abaixo). Outra interpretação, afastando a aplicação da atenuante da menoridade relativa penal, comprometeria irremediavelmente o princípio da legalidade, que deve ser estreitamente respeitado, mormente quando atue em favor do réu. Entretanto, pensamos não mais ser possível

considerar a atenuante da menoridade como preponderante. Antes do advento do Código Civil, o menor de 21 anos era relativamente incapaz, o que não mais acontece. Assim, levamos em consideração a atenuante, no campo penal, mas não podemos certifi-cá-la como a mais importante do rol do art. 65.

79. Senilidade: quanto ao maior de 70 anos, trata-se de pessoa que, diante da idade cronologicamente avançada, pode sofrer alterações somáticas repercutindo no seu estado psíquico, de forma que o indivíduo deixa de ser mentalmente o que sempre foi, podendo agir irracionalmente. Nas palavras de Flavio Fortes D'Andrea, a velhice “é o período que se inicia na década dos cinquenta anos, após o indivíduo ter atingido e vivenciado aquele platô de realizações pessoais que chamamos maturidade. (...) Se a considerarmos como um conjunto de ocorrências que representam o declínio global das funções físicas, intelectuais e emocionais, ela tende a ocorrer após os setenta anos. Em geral, só uma pessoa de mais de setenta anos possui uma série de características que a podem definir globalmente como um velho. Entre essas características podemos citar: o aspecto apergaminhado da pele, a atrofia muscular difusa, a fragilidade óssea, a canície, o desgaste e a queda dos dentes, a atrofia geral dos tecidos e órgãos, as alterações da memória, a limitação dos interesses intelectuais, a equanimidade, os sentimentos de saciedade dos impulsos etc.” (*Desenvolvimento da personalidade*, p. 143). Da mesma forma que o menor de 21 anos comete o delito colhido pela imaturidade, merecendo a atenuação da pena, o ser humano acima de 70 anos pode fazê-lo premido pelo abalo psíquico que a velhice pode trazer. Ambos merecem maior condescendência do juiz ao aplicar-lhes a sanção penal, justamente para que tenham melhores condições de reeducação.

Admite-se que, no tocante ao maior de 70, a atenuante seja aplicada também na data do reexame feito pelo tribunal. Não nos parece ser correta essa posição, pois o legislador mencionou o fator *idade* na “data da sentença”, vale dizer, da decisão de 1.º grau. Se o magistrado não pôde aplicar a atenuante na ocasião da sentença, porque o réu possuía, por exemplo, 69 anos, é ilógico que no julgamento de eventual recurso o tribunal possa fazê-lo: afinal, o juiz não se equivocou na fixação da pena. Entretanto, se o magistrado de 1.º grau absolver o réu e o tribunal o condenar, pode-se considerar o acórdão como “sentença”, pois foi a primeira decisão condenatória havida nos autos. Registre-se que o Estatuto do Idoso, ao considerar pessoa idosa a que possui mais de 60 anos, não alterou este artigo, tendo em vista que a atenuante é voltada ao criminoso que atingiu a senilidade – presumida a partir dos 70 anos. Aliás, se houvesse intenção legislativa para isso, bastaria incluir o art. 65 na reforma trazida pela referida lei, passando a ser concedida atenuante a quem tivesse mais de 60 anos na data da sentença. Tal não se deu, motivo pelo qual a atenuação da pena continua valendo exclusivamente ao maior de 70 anos.

80. Desconhecimento da lei: preceitua o art. 21 do Código Penal que “o desconhecimento da lei é inescusável”, embora seja possível isentar de pena o agente que erre sobre a ilicitude do fato. A diferença entre “desconhecer a lei” e “errar quanto ao conteúdo da norma” já foi abordada quando tratamos do erro de proibição. Num País de direito codificado, como o Brasil, repleto de leis sobre todas as matérias, editadas e modificadas todos os dias, é natural que o agente obtenha pelo menos uma atenuante, ao cometer um delito desconhecendo a existência de alguma norma penal. Exemplos de

leis de difícil conhecimento: a Lei 5.700/71, dispondo sobre a forma e a apresentação dos símbolos nacionais, preceitua que a execução do Hino Nacional deve ser feita conforme estipulado nesta lei (“será sempre executado em andamento metronômico de uma semínima igual a 120”, em “tonalidade de si bemol para a execução instrumental simples”, em “canto sempre em uníssono”; “nos casos de simples execução instrumental, tocar-se-á a música integralmente, mas sem repetição; nos casos de execução vocal, serão sempre cantadas as duas partes do poema” etc.); do contrário, considera-se contravenção, sujeitando o infrator à pena de multa de uma a quatro vezes o maior valor de referência vigente no País, elevada ao dobro nos casos de reincidência (art. 35); a Lei 6.001/73, tratando do Estatuto do Índio, estipula constituir crime contra os índios e a cultura indígena: “I – escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) meses; II – utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena – detenção de 2 (dois) a 6 (seis) meses; III – propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos” (art. 58).

81. Relevante valor social ou moral: *relevante valor* é um valor importante para a vida em sociedade, tais como patriotismo, lealdade, fidelidade, inviolabilidade de intimidade e de domicílio, entre outros. Quando se tratar de relevante valor *social*, levam-se em consideração interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva. Exemplos tradicionais: quem aprisiona um bandido, na zona rural, por

alguns dias, até que a polícia seja avisada; quem invade o domicílio do traidor da pátria para destruir objetos empregados na traição. No caso do relevante valor *moral*, o valor em questão leva em conta interesse de ordem pessoal. Ex.: agressão ou morte contra amante do cônjuge; apressar a morte de quem está desenganado (quando não se constituir privilégio). A respeito da diferença existente entre esta atenuante e a causa de diminuição de pena, prevista para o homicídio, consultar a nota 14-A ao art. 121.

82. Arrependimento: o arrependimento do agente, ao executar o crime, pode conduzi-lo ao arrependimento eficaz (art. 15), ao arrependimento posterior (art. 16) ou à atenuante do arrependimento. Neste último caso, consumado o delito, não sendo cabível o arrependimento posterior, pode o agente tentar por sua espontânea vontade amenizar ou até mesmo evitar as consequências do crime. Deve reparar o dano antes do julgamento ou agir para minorar os efeitos da infração penal logo depois de sua prática. É indispensável haver *sinceridade*, pois o legislador tratou de *espontânea vontade*, e, como já vimos no capítulo referente à desistência voluntária, voluntariedade não se confunde com espontaneidade no contexto do direito penal. Exemplo disso: o agente repara o dano causado pelo furto antes do julgamento ou busca sustentar a família desamparada da pessoa que matou.

83. Coação resistível: a coação dá-se em três níveis. Quando é física, exclui a própria conduta (ex.: arremessar alguém contra uma vitrine não constitui, por parte do arremessado, crime de dano, pois não chegou a atuar voluntariamente); quando moral, pode ser irresistível, configurando uma causa de exclusão da culpabilidade (art. 22, CP), bem como resistível, servindo como

atenuante. É possível que alguém sofra uma coação a que podia refutar, mas não o tenha feito por alguma fraqueza ou infelicidade momentânea. Ainda que não mereça uma absolvição, deve ser punido com menor rigor. Ex.: alguém furta um estabelecimento por receio de que o coator narre à sua esposa um caso extraconjugal.

84. Cumprimento de ordem superior: essa ordem superior, dada no contexto das relações de direito público, onde há hierarquia, pode provocar também três consequências: a) ordem legal, exclui a antijuridicidade do fato, por estrito cumprimento do dever legal; b) *não manifestamente ilegal*, exclui a culpabilidade (obediência hierárquica – art. 22, CP); c) ilegal. Neste último caso, permite-se ao juiz aplicar ao agente uma atenuante, pois é sabida a dificuldade do subordinado em evitar o cumprimento de uma ordem superior, mesmo que ilícita.

85. Violenta emoção: é sabido que a violenta emoção pode provocar o cometimento de crimes. Quando se trata de homicídio ou lesão corporal, pode servir de causa de diminuição da pena (art. 121, § 1.º, e art. 129, § 4.º, CP), embora nesses casos exija-se “domínio” de violenta emoção “logo após” injusta provocação da vítima. Tratando-se da atenuante, o legislador foi mais complacente: basta a “influência” de violenta emoção, vale dizer, um estágio mais ameno, mais brando, capaz de conduzir à perturbação do ânimo, bem como não se exige seja cometido o delito logo em seguida à provocação, cabendo um maior lapso de tempo entre a ação e a reação.

85-A. Premeditação e violenta emoção: incompatibilidade. O agente que planeja cuidadosamente a prática do delito, não pode alegar, em hipótese alguma, estar violentamente emocionado, até por que a lei

exige que o distúrbio emocional seja fruto da injusta provocação da vítima. Obviamente, além disso, há uma relação de imediatidade entre o ato da pessoa ofendida e a reação desencadeada no autor da agressão. Tal situação é inviável quando o agente tem tempo suficiente para premeditar o ataque. Nesse sentido: TJRS: Ap. 70009881152, 1.ª C., rel. Ivan Leomar Bruxel, 22.12.2004, v. u.

86. Confissão espontânea: “confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso” (Guilherme de Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 76). A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, vale dizer, sinceramente desejada, de acordo com o íntimo do agente. É a *posição doutrinária dominante*, como já apontamos anteriormente, ao tratarmos da desistência voluntária. Não é possível que o réu se beneficie de uma circunstância legal para amenizar sua pena se houver agido sem qualquer espontaneidade, apenas para locupletar-se de algum benefício legal. A propósito, anote-se: STF: “Confissão espontânea. Não aceitável quando o réu, denunciado por tráfico de droga, confessa que a portava apenas para uso próprio” (HC 73.075-SP, 2.ª T., rel. Maurício Correa, 12.03.1996, v. u.). No STJ: “Não evidenciada, *in casu*, a confissão espontânea, não há que se falar na aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (REsp 819.805-SC, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 17.08.2006, v. u., DJ 02.10.2006, p. 310); “É no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a esponta-

neidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena (Código Penal, art. 65, inciso III, alínea *d*)” (HC 13.286-MS, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.11.2000, v. u., *DJ* 19.02.2001, p. 250). Idem: REsp 565.407-DF, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v. u., *DJ* 16.02.2004, p. 588. No mesmo prisma da falta de sinceridade: TRF-2.^a Região: “Para a validade e caracterização da apontada atenuante, não basta que seja a confissão voluntária, necessário se faz que seja a mesma espontânea, sem intervenção de fatores externos, fruto de arrependimento sincero e da lealdade processual, com o intuito sincero de auxílio nas investigações, eis que *‘é no motivo e, não, na sua voluntariedade que se afere a espontaneidade que faz da confissão circunstância atenuante da pena’* (STJ, HC 13286-MS, *DJ* 19.02.2001; STF, HC 65.286, *DJU* 25.09.1997; HC 69.048, *DJU* 22.05.1992; STF, HC 76938-RJ, *DJ* 12.06.1998; STJ, REsp 11421, *DJU* 23.11.1992), o que não é a hipótese; a três, porque deu-se a mesma diante da prova inequívoca da autoria, face à sua prisão em flagrante, e não por verdadeiro e sincero arrependimento, com fundamento na lealdade processual (STF, HC 65.286, *DJU* 25.09.1997; STF, HC 74366-RS, *DJ* 04.10.1996; STF, HC 69.048, *DJU* 22.05.1992; STJ, REsp 11421, *DJU* 23.11.1992)” (Ap. 2004.51.01.5149636-7, 6.^a T., rel. Poul Erik Dyrland, 15.12.2004, v. u.); TRF-3.^a Região, Ap. 98.03.013080-3-SP, 2.^a T., rel. Sylvia Steiner. E também: TJSP: “Ora, se a confissão espontânea a que alude o art. 65 do Código Penal, como circunstância determinante de alguma redução de pena, é aquela sem ressalvas, sem desculpas para o gesto criminoso. É aquela que corresponde a um gesto de arrependimento, aquela que representa admissão incondicional da prática do delito, que se reconhece identificar um tipo penal preciso. Aqui, a confissão do peticionário não se revestiu dessas caracte-

rísticas; traduziu admissão da autoria impossível de ser negada, já que ressaltada pela evidência e pelo clamor do flagrante, mas não representou arrependimento, remorso ou penitência, pois veio acompanhada de inverídica versão que procurava indicar que o homicida agira em legítima defesa ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação. Sensata, pois, a resposta dos jurados negando a existência de circunstâncias atenuantes em favor do peticionário, em especial aquela a que se alude por aqui, não se cuida, no caso, de decisão que tenha contrariado a prova ou o texto expresso de lei penal. Indefere-se o pedido” (Rev. 246.421-3/7, Bauru, 1.^o Grupo de Câmaras Criminais, rel. Canguçu de Almeida, v. u., 15.03.1999). Além disso, por mais espontânea que tenha sido, ela perde totalmente o valor como atenuante caso haja retratação, mormente antes do julgamento. Em contrário: STJ: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que deve ser aplicada a atenuante da confissão espontânea realizada perante a autoridade policial, ainda que retratada em juízo, desde que ela tenha, em conjunto com outros meios de prova, embasado a condenação. Ressalva do ponto de vista do relator, que entende que a retratação afasta a incidência dessa atenuante” (HC 90.470-MS, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 18.12.2007, v. u.). Anteriormente à Reforma Penal de 1984, exigia-se que a confissão, para valer como atenuante, fizesse referência a um crime de autoria ignorada ou atribuída a outra pessoa. Atualmente, no entanto, basta a sinceridade do agente, mesmo que ele já seja indiciado ou acusado pelo delito. Maiores detalhes sobre o tema podem ser encontrados em nosso *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. Em posição oposta, admitindo a atenuante, mesmo sem espontaneidade: STJ: “Para a configuração da atenuante de que

trata o CP, art. 65, III, *d*, não é exigível que a autoria do crime seja desconhecida, nem tampouco que o réu demonstre arrependimento pelo ato praticado” (HC 11.196-MS, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 16.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 147). Acrescentemos, ainda, que confundir a *espontaneidade* com mera iniciativa do agente, enquanto *voluntariedade* seria agir livre de qualquer coação, embora sem iniciativa própria, mas sob sugestão de terceiros, ao que nos parece, é dilapidar a diferenciação entre os dois termos, construída, ao longo de muito tempo, pela doutrina pátria. Fosse assim teríamos a seguinte situação, como exemplo: o sujeito que confessasse por influência de sua mãe, convencendo-o de que sua atitude criminosa não foi correta, estaria confessando voluntária, mas não espontaneamente, simplesmente porque houve influência externa. Logo, não teria direito à atenuante da *confissão espontânea*, o que é um ilogicismo. Ele estaria arrependido, justamente porque ouviu os reclamos de sua genitora, mas o seu ato não poderia ser considerado de sua iniciativa. A espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir. Afinal, quem age voluntariamente, atua através de seu próprio empreendimento, livre de qualquer coação. Não considerar a sinceridade de propósito no contexto da espontaneidade é mascarar o intento de equipará-la, para todos os efeitos, à voluntariedade, o que refoge à doutrina e jurisprudência majoritárias. Na ótica que sustentamos, conferir o ensinamento de Roberto Reynoso D’Ávila: “Voluntário é o ato que, nascido ou não no interior do sujeito, é aceito por ele”. Assim, tanto os conselhos de um amigo ou de um familiar como as súplicas de uma mãe ou esposa podem persuadir ou inibir o sujeito, provocando a suspensão do ato (*Teoria general del delito*, p. 312).

87. Influência de multidão, em meio a tumulto: na precisa lição de Esther de Figueiredo Ferraz, “há um caso, entretanto, em que a pluralidade de agentes denuncia, ao contrário, menor periculosidade: o da multidão criminosa, a *folla delinquente*. Sob o domínio da multidão em tumulto opera-se, por assim dizer, um fenômeno de desagregação da personalidade. Os bons sentimentos humanos cedem lugar à maré invasora dos maus instintos, das tendências perversas e anti-sociais. Facilmente se processa e se transmite de indivíduo a indivíduo a sugestão criminosa. A idéia do delito ganha terreno nessa praça de antemão conquistada. E os piores crimes passam a ser cometidos por pessoas que, individualmente, seriam incapazes de causar o menor mal a seu semelhante. Daí a pequena periculosidade do que age sob tal influência” (*A co-delinquência no direito penal brasileiro*, p. 71). E na opinião de Aníbal Bruno: “Quando uma multidão se toma de um desses movimentos paroxísticos, inflamada pelo ódio, pela cólera, pelo desespero, forma-se por assim dizer uma alma nova, que não é a simples soma das almas que a constituem, mas sobretudo do que nelas existe de subterrâneo e primário, e esse novo espírito é que entra a influir e orientar as decisões do grupo, conduzindo-o muitas vezes a manifestações de tão inaudita violência e crueldade que espantarão mais tarde aqueles mesmos que dele faziam parte” (citação de Esther de Figueiredo Ferraz, *ob. cit.*, p. 82). É o sentimento de “alma coletiva”, em que as reações de cada um passam a ser as da massa em tumulto (cf. Jair Leonardo Lopes, *Curso de direito penal*, p. 220). Ex.: linchamentos, agressões praticadas por torcidas organizadas em estádios de futebol, brigas de rua, entre outros. É requisito essencial que o agente do crime não tenha provocado o tumulto, no qual se viu envolvido, bem como não se aplica àqueles que, aproveitadores da situação de desordem, conduzem a massa.

Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.⁸⁸⁻⁸⁹

88. Atenuante inominada: trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer *circunstância relevante*, ocorrida *antes* ou *depois* do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante da *clemência*, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la. Um réu que tenha sido violentado na infância e pratique, quando adulto, um crime sexual (circunstância relevante anterior ao crime) ou um delinquente que se converta à caridade (circunstância relevante depois de ter praticado o delito) podem servir de exemplos. Há quem defenda a aplicação dessa atenuante quando se observar que o agente do crime foi levado à sua prática por falta de oportunidades na vida, situação criada pelo Estado, que deveria zelar pelo bem-estar de todos, invocando a denominada *co-culpabilidade* (sobre o tema, ver a nota 98-B ao art. 22).

89. Atenuantes em leis especiais: como se mencionou no contexto das agravantes, há circunstâncias legais que atenuam a pena previstas somente em leis especiais. Exemplo disso pode ser dado pela Lei 9.605/98 (meio ambiente): “Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III – comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV – colaboração

com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental”.

Concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes

Art. 67. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.^{90-90-A}

90. Concurso de agravantes e atenuantes: o disposto neste artigo, tratando da preponderância de algumas circunstâncias sobre outras, evidencia a preocupação do legislador em estabelecer critérios para o juiz aplicar a pena e efetuar eventuais compensações. Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea. Na jurisprudência: STJ: “De acordo com a jurisprudência assentada no âmbito desta Corte, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a confissão espontânea” (REsp 713.826-RS, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 02.06.2005, v. u., DJ 20.06.2005, p. 372). Idem: HC 10.562-PR, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 15.02.2000, DJ 20.03.2000, p. 85. Contra: STJ: “Trata-se a confissão espontânea de circunstância atenuante que diz com a personalidade do agente, tanto quanto a reincidência, não havendo ilegalidade qualquer em sua compensação em sede de individualização da pena, na exata razão de que, pelas suas naturezas, são causas preponderantes, à luz do art. 67 do Código Penal” (REsp 565.407-DF, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v. u., DJ 16.02.2004, p. 364). Não cremos que exista uma solução única. Tudo depende do caso concreto. Se a confissão espontânea for,

de fato, fruto de uma personalidade amigável, de quem cometeu um crime em face de um lamentável lapso, mas, moído pelo remorso, resolve colaborar com o Estado para a apuração do ocorrido, é viável considerar-se uma atenuante preponderante, compensando-se com a reincidência, que é agravante preponderante. No entanto, se a confissão, embora espontânea, não possa ser considerada fruto da personalidade positiva do acusado, até por falta de dados nesse sentido, não se pode compensá-la com a agravante da reincidência, que é objetivamente preponderante. Do mesmo modo, fará sobrepor a atenuante do relevante valor moral à agravante de crime praticado contra enfermo. Poderá, no entanto, compensar, por serem ambas preponderantes, a atenuante do relevante valor social com a agravante da reincidência. Quanto à atenuante da menoridade, conforme já exposto, há entendimentos defendendo ser ela preponderante – por tradição – sobre toda e qualquer agravante. Não nos parece seja correta essa posição, pois o Código Civil considerou capaz para todos os fins os maiores de 18 anos, demonstrando uma mudança de mentalidade no âmbito da legislação brasileira. Porém, para aqueles queensem considerá-la preponderante, não nos parece cabível torná-la uma atenuante superior a qualquer outra circunstância legal. Assim, a título de exemplo, se adotada a postura de ser a menoridade preponderante, deve ela compensar-se com eventual agravante preponderante, como a reincidência, não se sobrepondo sobre esta. Nesse sentido: TJSP: “O fator idade, uma vez não superados os 21 anos ao tempo do fato, representa circunstância atenuante obrigatória, apta a compensar outra agravante, como, no caso, aquela decorrente da reincidência” (Rev. 272.050-3, Bauru, 1.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Canguçu de Almeida, 28.08.2000, v. u., *JUBI* 52/00).

90-A. Quantum para as agravantes e atenuantes: em nossa obra *Individualização da pena*, tivemos a oportunidade de expor o nosso entendimento a respeito: “Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena) – afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com que o *humor* do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro. Se, em determinado homicídio qualificado, por exemplo, cuja pena-base foi estabelecida em 15 anos de reclusão, o magistrado elevasse a pena, em face do reconhecimento da agravante da reincidência, em apenas um mês, estaria tergiversando, ou seja, nada estaria, de fato, acrescentando. Um mês, em relação a 15 anos, nada representa. Significa desprezo total pela circunstância legal de aumento. Poderia até mesmo o julgador elevar a pena em um dia, se assim desejasse. Por outro lado, o mesmo se daria no caso da presença de atenuante. De uma pena-base de 15 anos não tem o menor sentido retirar um mês, porque se encontra presente a atenuante da confissão espontânea. Ademais, se não houver um parâmetro fixo e proporcional à pena-base, o juiz poderia, igualmente, elevar uma pena de 15 anos, por conta da presença de uma agravante qualquer, para o patamar de 20 anos, chegando, pois, a uma elevação equivalente a um terço, o que seria demasiado. E o mesmo raciocínio poderia ser usado na aplicação de atenuante. A única maneira de se assegurar fiel cumprimento à elevação efetiva ou à redução eficaz da pena, na segunda fase de individualização, é a eleição de um percentual, que, como já dissemos, merece ser fixado em um sexto.

Logo, tomando-se ainda como exemplo o caso da pena-base estabelecida em 15 anos, havendo uma agravante a pena passaria a 17 anos e 6 meses, e não a ínfimos 15 anos e 1 mês. Na diminuição, a pena atingiria 12 anos e 6 meses, e não apenas 14 anos e 11 meses. Por outro lado, é cabível a compensação entre agravantes e atenuantes, pois estão as causas legais previstas na mesma fase – o que é vedada é a compensação inter-fases –, motivo pelo qual, se há um aumento de um sexto (presença de uma agravante), bem como a diminuição de um sexto (constatação de uma atenuante), o melhor a fazer é manter a pena-base tal como foi extraída da primeira fase” (Cap. VII, item 7.2, p. 230-231). Na pesquisa que fizemos na Vara de Execuções Penais de São

Paulo, encontramos o seguinte quadro, em relação às opções feitas pelos magistrados: a maioria adota um critério flexível, isto é, um percentual da pena (20,3% = um sexto; 18,6% = um oitavo; 18,6% = um terço; 4,1% = metade; 2,9% = dois terços; 1,7% = um quarto; 1,7% = três quintos; 1,2% = um quinto; 1,2% = dois quintos); apenas uma pequena parcela (7,6%) prefere o critério fixo, como seis meses, um mês, três meses etc. (ver o apêndice da referida obra *Individualização da pena*). Valendo-se do critério fixo de seis meses, para atenuar a pena, sem levar em conta a pena de nove anos concretamente aplicada, encontra-se decisão do TJMA: Ap. 000396/2004, 2.^a C., rel. Maria dos Remédios Buna Costa Magalhães, 16.06.2005, v. u.

CONFRONTO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES (art. 67, CP)

- 1) agravante simples X atenuante simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2.^a fase
- 2) agravante preponderante X atenuante simples: a agravante anula a atenuante = a pena deve ser elevada se possível na 2.^a fase
- 3) agravante simples X atenuante preponderante: a atenuante anula a agravante = a pena deve ser reduzida se possível, na 2.^a fase
- 4) agravante preponderante X atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2.^a fase
- 5) duas agravantes simples X uma atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2.^a fase
- 6) uma agravante preponderante X duas atenuantes simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alteração na 2.^a fase

Notas:

- a) são sugestões para garantir um equilíbrio entre as agravantes e atenuantes refletindo o prisma do art. 67 do Código Penal. Porém, não é uma operação aritmética, podendo o juiz valorar como entender mais apropriado o confronto, desde que o faça sempre, fundamentando a sua convicção
- b) são preponderantes:
 - * motivos determinantes do crime
 - * personalidade do agente
 - * reincidência
- c) lembrar que a análise de personalidade é fundamental para descobrir quais agravantes ou atenuantes devem preponderar umas sobre as outras. Ex.: atuar com crueldade será uma agravante simples, se houver mero acaso, porém se advier de personalidade agressiva sádica do réu é agravante preponderante

Cálculo da pena⁹¹⁻⁹²

Art. 68. A pena-base⁹³ será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes;⁹⁴ por último, as causas de diminuição e de aumento.⁹⁵⁻⁹⁸

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.⁹⁹⁻¹⁰⁰

91. Sistemas para a fixação do *quantum da pena*: há dois sistemas principais para a sua aplicação: a) *critério trifásico*, preconizado por Nelson Hungria; b) *critério bifásico*, defendido por Roberto Lyra. O Código Penal optou claramente pelo primeiro, conforme se vê do art. 68: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Para Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias judiciais do art. 59; em seguida, o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes, dos arts. 61 a 66), para então apor as causas de diminuição e de aumento (previstas nas Partes Geral e Especial). Lyra, por sua vez, ensina que as circunstâncias atenuantes e agravantes merecem ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do art. 59 para a fixação da pena-base. Somente após aplicará, o juiz, as causas de diminuição e de aumento. A fundamentação para tal posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las. E diz, a esse respeito, Frederico Marques: “Não nos parece que haja necessidade de separar

as circunstâncias judiciais das circunstâncias legais, no juízo que o magistrado formula ao apreciar os elementos apontados no artigo 59. Em primeiro lugar, o exame em bloco das circunstâncias todas do crime é muito mais racional e, também, mais indicado para a individualização judiciária da pena. Em segundo lugar, como bem argumenta Basileu Garcia, as circunstâncias legais não estabelecem cálculo a efetuar, como sucede com as causas de aumento e diminuição de pena: ‘Há a realizar, somente, a escolha de uma pena entre limites extremos’. Não há ‘modificação quantitativa precisa’ quando se reconhece a existência de uma agravante ou atenuante. Supérfluo seria, assim, separá-las das circunstâncias judiciais, para efeito do cálculo da pena entre o máximo e o mínimo cominados. Note-se, ao demais, que o artigo 59 manda que o juiz tenha em consideração circunstâncias objetivas, e subjetivas, a gravidade do crime e a personalidade do delinqüente, para escolher e fixar a pena-base. Não é muito mais aconselhável que ele tenha uma visão completa e panorâmica desses elementos, do que se basear em aspectos fragmentários que só se completarão depois num segundo exame? O diagnóstico e prognóstico sobre a personalidade do delinqüente não ficará muito mais perfeito se resultar do exame em conjunto das circunstâncias legais e judiciais de caráter subjetivo?” A despeito disso, como já ressaltado, prevaleceu o critério proposto por Hungria, aliás, o mais detalhado para as partes conhecerem exatamente o que pensa o juiz no momento de aplicar a pena. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção penal.

91-A. Fixação completa da pena: há três estágios para a concretização da pena, conforme expusemos na nota 22-A ao art.

59. Portanto, dentro do primeiro estágio encontra-se o denominado sistema trifásico, objeto de análise da nota anterior.

92. Motivação para cada estágio e para cada fase: é imperioso destacar que cada estágio (primário, secundário e terciário) exige fundamentação. Trata-se de direito do réu acompanhar todas as etapas da individualização da sua pena (estágios e fases). A falta de motivação pode acarretar a nulidade da sentença ou, pelo menos, a redução da reprimenda ao mínimo possível.

93. Conceito de pena-base: vide nota 15 ao art. 59.

94. Cuidado especial para evitar a dupla agravação pelo mesmo motivo: justamente porque o critério eleito pela lei penal é o trifásico, e sabendo-se que as circunstâncias judiciais podem confundir-se com as legais (maus antecedentes – circunstância judicial – e reincidência – circunstância legal), deve o magistrado agir com redobrada cautela. Entretanto, quando houver o estabelecimento de duas situações distintas, dando azo à aplicação, também distinta, de circunstâncias judiciais e legais, é possível a dupla agravação. Nesse sentido: STF: “Maus antecedentes por uma condenação e reincidência por outra não faz *bis in idem*” (HC 73.289-SP, 1.^a T., rel. Moreira Alves, 28.11.1995, v. u.). E ainda: STJ: “O método trifásico não impede que, na fixação da pena-base, seja ultrapassado o mínimo legal previsto, com base nos antecedentes do réu, demonstrativos de não ser o crime um fato episódico em sua vida (indiciamento em inquéritos, denúncia por infrações várias etc.). Já a reincidência, considerada na segunda operação, funciona como agravante porque já fora ele (acusado) denunciado e condenado irrecorrivelmente por estelionato em dois processos. Nestas hipóteses, não há falar-se em *bis in idem*”

(HC 8.817-MS, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 03.08.1999, v. u., DJ 20.09.1999, p. 87). Consultar a nota 12 ao art. 59, com outros exemplos de dupla agravação pelo mesmo fato.

95. Conceito de causas de aumento e diminuição: são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena em quantidades fixadas pelo próprio legislador, porém sem estabelecer um mínimo e um máximo para a pena. Chamam-se, ainda, *qualificadoras em sentido amplo*. Exemplos de causas legais genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal: arts. 14, parágrafo único; 16; 21, parte final; 24, § 2.º; 26, parágrafo único; 28, § 2.º; 29, §§ 1.º e 2.º; 69; 70 e 71. Exemplos de causas legais específicas, previstas na Parte Especial do Código Penal: arts. 121, §§ 1.º e 4.º; 129, § 4.º; 155, § 1.º; 157, § 2.º; 158, § 1.º; 168, § 1.º; 171, § 1.º; 226 etc. As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo. Podem ser previstas em *quantidade fixa* (ex.: art. 121, § 4.º, determinando o aumento de 1/3) ou em *quantidade variável* (ex.: art. 157, § 2.º, determinando um aumento de 1/3 até a metade).

96. Conceito de qualificadoras e privilégios: são circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando ou diminuindo a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previstos pelo legislador (exemplos de qualificadoras: homicídio qualificado, do art. 121, § 2.º; furto qualificado, do art. 155, § 4.º; quanto ao privilégio, temos: corrupção privilegiada, do art. 317, § 2.º; explosão privilegiada, do art. 251, § 1.º; favorecimento pessoal privilegiado, do art. 348, § 1.º; dentre outros). Por vezes, a figura

privilegiada do crime vem prevista em tipo autônomo, como aconteceu no caso do homicídio. O verdadeiro homicídio privilegiado é o infanticídio, inserido no art. 123. A diferença fundamental entre a causa de aumento e a qualificadora consiste na alteração feita pelo legislador dos valores mínimo e máximo no caso desta última. Enquanto para a causa de aumento existe um aumento adicionado à pena prevista para o tipo básico (ex.: o furto noturno prevê o aumento de 1/3 sobre a pena do furto simples – de 1 a 4 anos), no caso da qualificadora o legislador altera a *faixa de fixação da pena* (ex.: o furto qualificado passa a ter penas de 2 a 8 anos). Daí porque se pode afirmar que, tecnicamente, não há roubo qualificado, mas com causa de aumento (conforme art. 157, § 2.º, CP). Entretanto, utiliza-se o termo *roubo qualificado*, porque as causas de aumento, como já mencionado, são as *qualificadoras em sentido amplo*.

97. Existência de duas ou mais qualificadoras: na realidade, as circunstâncias do crime são idênticas no campo fático (ex.: o motivo fútil é sempre o mesmo, independentemente de ser classificado como qualificadora, agravante ou circunstância judicial). Por isso, quando há mais de uma qualificadora, deve-se considerar que, a partir da segunda, aproveita-se como circunstância legal (agravante) ou circunstância judicial (art. 59, CP). A primeira qualificadora reconhecida serve para a mudança de faixa na aplicação da pena (ex.: um furto simples passa de 1 a 4 anos de reclusão para 2 a 8 anos, quando qualificado); no mais, aproveita-se a circunstância onde melhor se der. Nessa ótica: STJ: “Defeso é a dupla consideração da mesma circunstância, o que não ocorre quando um antecedente, que deveria ser considerado na segunda fase, o é na primeira, até porque nenhuma diferença ontológica há entre as circunstâncias judiciais e as le-

gais, assinalando, como assinalam, tão-só, funções dos elementos de individualização de resposta penal. O constructo doutrinário e jurisprudencial é firme no sentido de que, havendo mais de uma qualificadora, a remanescente pode atuar como circunstância legal ou judicial” (HC 37.107-SP, 6.ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 01.04.2008, v. u.). Ainda assim, há polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito do que fazer quando houver duas ou mais qualificadoras para o mesmo crime. São *outras posições*: a) a segunda qualificadora, em diante, passa a valer como agravante (se existir correspondência), devendo ser lançada na 2.ª fase de individualização. Assim: STF: “Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais serão consideradas como circunstâncias agravantes. Precedentes (HC 80.771, HC 65.825 e HC 79.538)” (HC 85.414-1-MG, 2.ª T., rel. Ellen Gracie, 14.06.2005, v. u.); b) não é obrigatório qualquer tipo de aumento, pois a função da qualificadora é apenas mudar a faixa de aplicação da pena, o que já foi atingido pelo reconhecimento de uma delas; c) a segunda qualificadora, em diante, funciona como circunstância judicial, ou seja, deve ser lançada na 1.ª fase de individualização para compor a penabase. Conferir: STJ: “Em se cuidando de homicídio duplamente qualificado, nada obsta que uma delas seja recebida como circunstância judicial, de modo que não há falar em violação ao princípio *ne bis in idem* (Precedente)” (HC 29.541-MG, 6.ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 17.08.2004, m. v.; entretanto, o voto vencido diz respeito a outro assunto).

98. Compensação entre circunstâncias judiciais e legais: a compensação somente pode acontecer dentro da mesma fase. Assim, quando o juiz estiver pon-

derando as circunstâncias judiciais, pode compensar os maus antecedentes com o motivo nobre para a prática do crime, ou então a personalidade agressiva do réu com o mesmo comportamento agressivo da vítima. Nessa visão, o Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao recurso do Ministério Público, para elevar a pena-base, mantendo o julgado de primeiro grau, fundado na compensação da primariedade e bons antecedentes do réu em relação à **motivação e consequências do delito** (Ap. 326.629-1, Cruzeiro do Oeste, C. Criminal Suplementar, rel. Rosana Andriguetto de Carvalho, 18.09.2006, v. u.). Na segunda fase, pode compensar a atenuante da confissão com a agravante de crime contra irmão, ou a atenuante do crime cometido sob a influência de multidão, em tumulto, com a agravante de meio de que possa resultar perigo comum. Para a terceira fase, o sistema de compensação ganha relevo especial e será visto a seguir. É vedada, no entanto, a compensação envolvendo fases diversas. Exemplo: não pode o juiz compensar os maus antecedentes (circunstância judicial) com a confissão espontânea (circunstância legal, que configura atenuante). Nessa linha: STJ: HC 10.241-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 04.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 207.

99. Concurso entre causas de aumento e de diminuição: todas as causas de aumento e de diminuição previstas na Parte Geral do Código Penal devem ser aplicadas, sem possibilidade de compensação. Aplicam-se, ainda, todas as causas de aumento ou diminuição previstas na Parte Geral em confronto com a Especial. Entretanto, as previstas na Parte Especial podem concorrer entre si, admitindo compensação da seguinte forma: tratando-se de duas ou mais causas de aumento ou duas ou mais causas de diminuição, o juiz pode aplicar a mais ampla delas ou todas.

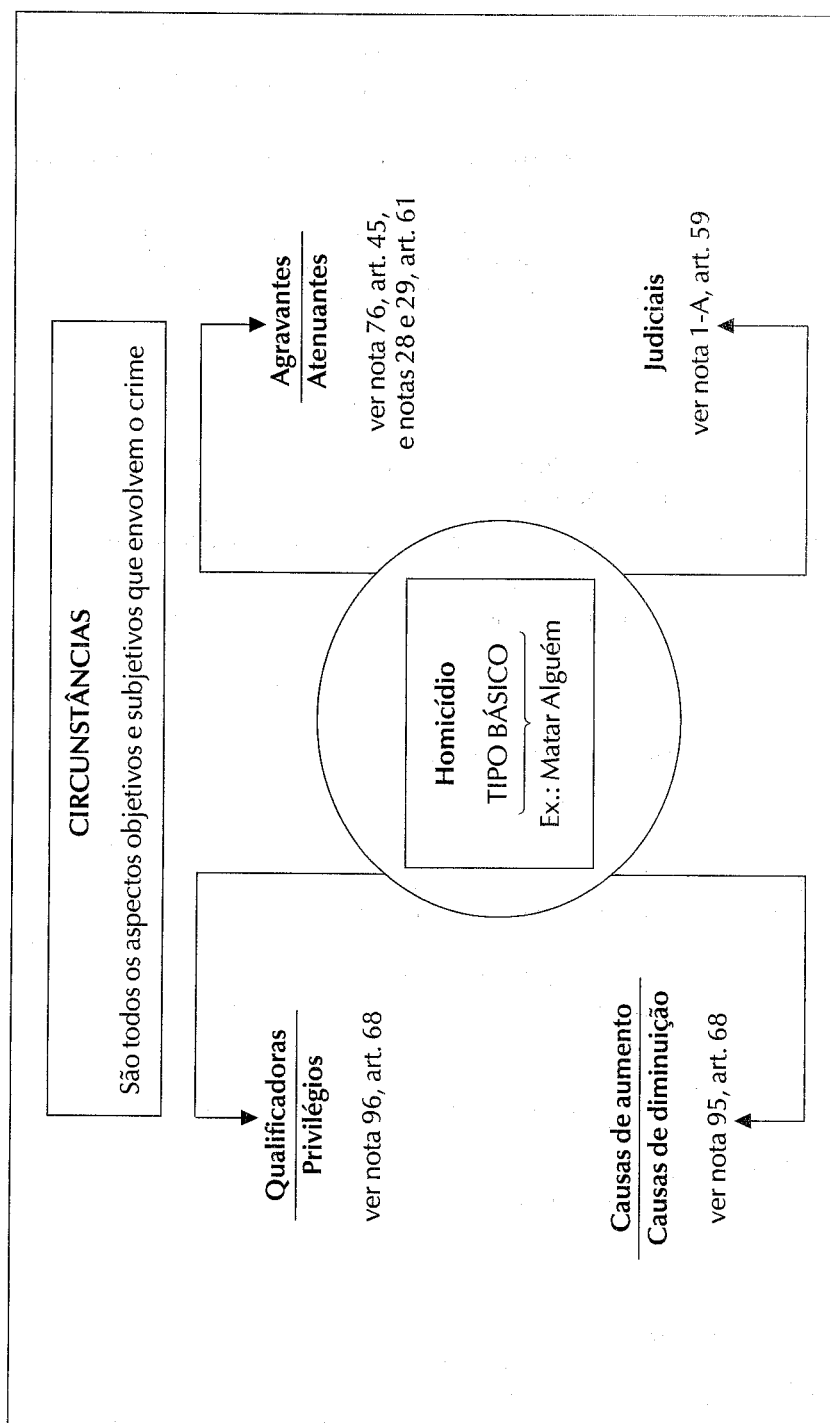
Ex.: no crime de incêndio (art. 250), tendo sido praticado com o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio (§ 1.^o, com aumento de 1/3) e tendo causado lesão grave para a vítima (art. 258, com aumento de metade), o juiz pode aplicar as duas causas de aumento ou somente a mais grave. Se iguais, qualquer delas. Em legislação especial, dá-se a aplicação do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, valendo-se da analogia *in bonam partem*. Desse modo, no concurso dos aumentos possíveis, previstos nos arts. 19 e 20 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), pode o juiz aumentar a pena duas vezes, ou apenas uma, dependendo do caso concreto. Ver a nota 111 ao art. 20 do nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

100. Critério para aplicação dos aumentos e das diminuições: há, fundamentalmente, *três posições* a esse respeito: 1.^a) *todas as causas de aumento e de diminuição devem incidir sobre a pena-base, extraída na 2.^a fase da fixação da pena*. Ex.: chegando à pena de 6 anos de reclusão pela prática de um roubo (os limites do art. 157 estão fixados entre 4 e 10), ao levar em conta o disposto nos arts. 59, 61 a 65, o juiz passará a considerar as eventuais causas de aumento. Imaginando-se existirem duas – emprego de arma de fogo e continuidade delitiva –, os aumentos incidirão sobre os 6 anos. Portanto, 6 mais 2 (1/3 do art. 157, § 2.^o) formam 8 anos. Aumentando-se mais 1 ano, por haver continuidade delitiva (1/6 do art. 71), a pena vai para 9 anos de reclusão. O mesmo critério é usado para as causas de diminuição; 2.^a) *todas as causas incidem umas sobre as outras*. No mesmo exemplo: dos 6 anos encontrados na 2.^a fase, o juiz passará a considerar as causas de aumento umas sobre as outras (*juros sobre juros*). Assim, 6 anos mais 2 (1/3 do art. 157, § 2.^o) vão para 8 anos; sobre os 8 soma-se 1/6,

totalizando 9 anos e 4 meses de reclusão. O mesmo critério é usado para as causas de diminuição; 3.^a) *as causas de aumento incidem sobre a pena extraída da 2.^a fase e as de diminuição incidem umas sobre as outras*. Este último critério é uma tentativa de conciliação. Nota-se que o segundo critério faz com que, em caso de aumento, a pena fique maior, justamente porque há a incidência de uma causa sobre outra. Em compensação, o primeiro critério, quando for caso de diminuição, poderá conduzir à pena zero. Exemplo disso: de um montante de 6 meses, o juiz deve extrair duas causas de diminuição (ambas de metade). Ora, aplicadas as duas sobre 6 meses, o magistrado encontrará que 6 meses menos 3 meses é igual a 3; novamente subtraindo 3, chegará a zero. Logo, o réu será condenado e não terá pena a cumprir. Pode até ficar o Estado devendo a ele. No caso de duas diminuições de 2/3: 6 anos menos 4 é igual a 2; novamente subtraindo 4, vai para menos 2 anos. Tendo em vista o grave

inconveniente da chamada *pena zero*, o primeiro critério não pode ser adotado na íntegra. O terceiro, por sua vez, não oferece um método seguro: para aumentar, faz-se de um modo; para diminuir, utiliza o juiz outra forma. Parece-nos – e é majoritário esse entendimento – ser adequado o segundo: as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras. Evita-se a inoportuna *pena zero* e cria-se um método uniforme para aumentar e diminuir a pena igualitariamente. Aliás, justamente porque o segundo critério é dominante, não se admite que existam compensações entre causas de aumento e de diminuição. Quando o juiz for aplicar um aumento de 1/3 e uma diminuição de 1/3, por exemplo, não poderá compensá-los, anulando-os. Eis o motivo: se a pena extraída da 2.^a fase for de 6 anos, aplicando-se um aumento de 1/3, alcança-se a cifra de 8 anos. Em seguida, subtraindo-se 1/3, segue-se para a pena de 5 anos e 4 meses. Portanto, é incabível compensar as duas.

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME



INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

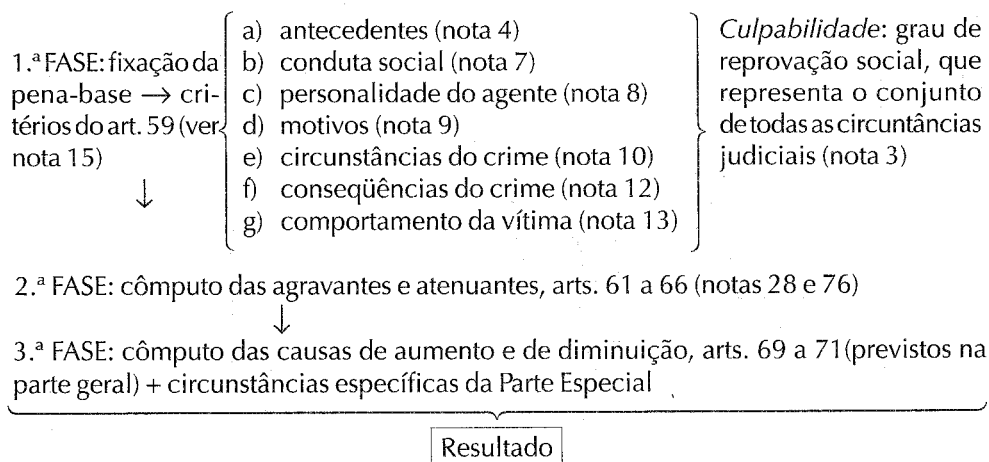
- LEGISLATIVA: ao elaborar o tipo penal incriminador, é o legislador o primeiro a fixar os valores mínimo e máximo para a pena, bem como os regimes e benefícios possíveis.
- JUDICIAL: é o processo de concretização da pena feito pelo juiz no momento da sentença condenatória.
- EXECUTÓRIA: é o processo de acompanhamento do cumprimento da pena do condenado, conduzido pelo juiz da execução criminal, podendo ser alterado o montante da pena, o regime de cumprimento e os benefícios concedidos.

FASE JUDICIAL

- 1.^a) PRIMÁRIA: é o estabelecimento do montante da pena: usa-se o critério trifásico (próximo quadro)
- 2.^a) SECUNDÁRIA: estabelece-se o regime de cumprimento da pena (art. 33, § 3.º, CP)
- 3.^a) TERCIÁRIA: busca-se a aplicação, se viável, de benefícios penais (penas alternativas, multa substitutiva, suspensão condicional da pena)

FIXAÇÃO DA PENA

Sistema trifásico (dentro do estágio primário) → art. 68



Observações especiais:

- I) O art. 59 é utilizado como parâmetro também para a escolha do regime de cumprimento de pena (fechado, semi-aberto ou aberto).
- II) No mesmo prisma, vale-se o juiz das circunstâncias do art. 59 para resolver se cabe a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa: art. 59, IV.

Concurso material¹⁰¹⁻¹⁰²

Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.¹⁰³ No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.^{104-104-A}

§ 1.º Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.¹⁰⁵

§ 2.º Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.¹⁰⁶

101. Concurso de crimes: quando o agente comete duas ou mais ações, causando dois ou mais resultados, para se saber se houve *unidade* ou *pluralidade* delitiva é preciso consultar a norma penal, tendo em vista que adotamos, no Brasil, a concepção normativa de concurso de crimes. Para tanto, cuida o Código Penal do concurso material, concurso formal e crime continuado, que serão vistos a seguir.

101-A. Sistema da acumulação material: o concurso material vale-se do sistema da acumulação material para a fixação da pena ao agente que, tendo praticado mais de uma ação ou omissão, cometeu dois ou mais crimes. Entretanto, o sistema que impõe a acumulação (soma) de penas também está presente em outras hipóteses, quando expressamente recomendada a sua utilização pela lei. É o que ocorre nos casos dos tipos penais prevendo a aplicação de determinada pena, *além* de outra, advinda da violência praticada em conjunto. Vide, como exemplo, o disposto no art. 344 do Código Penal (coação no curso do processo), estipulando a pena de 1 a 4 anos de

reclusão, e multa, *além da pena correspondente à violência*. Portanto, embora através de uma única ação o agente tenha cometido a coação, deverá responder *também* pelo resultado gerado pela violência. O juiz utiliza a regra do concurso material (soma das penas), ainda que tenha havido uma única ação. Outro exemplo pode ser encontrado nos delitos previstos no art. 161 (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório), conforme prevê o § 2.º (“se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada”).

101-B. Sistema da acumulação jurídica: embora não utilizado no Brasil, há outro modo de fixação da pena para o caso de concurso de crimes, levando-se em conta não a soma das penas dos delitos cometidos (como ocorre no concurso material), nem tampouco acarretando a aplicação da pena do mais grave deles acrescida de uma cota-parte previamente estabelecida em lei (como acontece no concurso formal e no crime continuado), mas, sim, fazendo com que exista uma média ponderada entre as várias penas previstas para os diversos crimes, impedindo que haja um excesso punitivo através da fixação de um teto. Assim, o montante de pena que ultrapassar esse teto será automaticamente extinto. É o sistema adotado na Espanha (art. 76). Exemplificando: caso o agente esteja sujeito a penas diversas (5 + 4 + 4 + 3 + 2), que somam 18 anos, notando-se que a mais grave delas atinge 5 anos, a pena não poderá ultrapassar 15 (o triplo da mais grave), julgando-se extinto o montante que ultrapassar esse teto; no caso, 3 anos.

101-C. Sistema da absorção: leva em consideração que, no caso de concurso de crimes, possa haver a fixação da pena com base apenas na mais grave, restando absorvidas as demais. É o que ocorre em

Portugal, no tocante ao crime continuado (art. 79): “O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”. Não adotamos esse sistema expressamente, mas há casos em que a jurisprudência, levando em conta o critério da consunção, no conflito aparente de normas, termina por determinar que o crime mais grave, normalmente o *crime-fim*, absorve o menos grave, o denominado *crime-meio* (ver nota 110 ao art. 12). Evita-se, com isso, a soma de penas.

101-D. Sistema da exasperação da pena: é o critério que permite, quando o agente pratica mais de um crime, a fixação de somente uma das penas, mas acrescida de uma cota parte que sirva para representar a punição por todos eles. Trata-se de um sistema benéfico ao acusado e adotado, no Brasil, nos arts. 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado).

102. Conceito de concurso material: quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, deve ser punido pela soma das penas privativas de liberdade em que haja incorrido, porque se adota o sistema da acumulação material nesse contexto. O concurso material pode ser *homogêneo* (prática de crimes idênticos) ou *heterogêneo* (prática de crimes não idênticos).

103. Critérios para a aplicação da pena: torna-se imprescindível que o juiz, para proceder à soma das penas, individualize, antes, cada uma. Ex.: três tentativas de homicídio em concurso material. O magistrado deve, em primeiro lugar, aplicar a pena para cada uma delas e, no final, efetuar a adição, pois cada uma pode ter um *iter criminis* diferenciado, conduzindo a diminuições em montantes diversos. Por outro lado, não cabe fiança ao réu se, em concurso material, as penas mínimas para os vários

crimes que praticou, somadas, forem maiores do que dois anos de reclusão (Súmula 81 do STJ). Ao crime falimentar como regra não se aplicava o concurso material, pois ele sempre foi considerado delito único (todos os atos praticados pelo falido contribuíram para a decretação da falência), salvo quando houvesse, também, crime comum. Nesse caso, poderia ser concurso formal perfeito ou imperfeito (desígnios autônomos). Nesse sentido: TJSP: 6.^a C., rel. Lustosa Goulart, RT 740/589. Entretanto, a prática de várias figuras típicas da Lei Falimentar faz com que o órgão acusatório seja obrigado a descrever todas elas na denúncia, até porque garante-se a melhor possibilidade de defesa do réu. Na aplicação da pena é que o magistrado observará o princípio da unicidade. Nessa ótica: TJSP: HC 458.360-3/9, Mogi das Cruzes, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 19.04.2004, v. u., *JUBI* 94/04. Atualmente, com a Lei 11.101/2005, prevendo crimes mais graves, é possível que a posição jurisprudencial se altere.

104. Aplicação cumulativa de reclusão e detenção: determina o art. 69, *caput*, parte final, que a reclusão seja cumprida em primeiro lugar. A inutilidade dessa disposição é evidente, na medida em que não existe diferença, na prática, entre reclusão e detenção. Na mesma ótica, confira-se a lição de Paulo José da Costa Júnior: “Em realidade, todavia, a disposição é inútil, pois as diferenças outrora existentes, entre reclusão e detenção, foram praticamente abolidas” (*Comentários ao Código Penal*, p. 238). E também: “Na verdade, o que houve foi excesso de zelo, pois, em termos práticos, de acordo com o nosso sistema, não se vislumbra diferença entre uma e outra” (Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 90). O que importa para o condenado, na realidade, é o regime no qual foi inserido (sobre isso, consultar

a nota 10-A ao art. 33). Portanto, quando o julgador aplicar o concurso material, fixando, por exemplo, três anos de reclusão e dois anos de detenção, não pode fazer a somatória em cinco anos pela diversidade de espécies de penas privativas de liberdade. Para a fixação do regime e demais benefícios, especialmente quando se cuidar de delitos dolosos, no entanto, deve levar em conta o total (cinco anos de prisão). Assim sendo, não cabe o regime aberto, mas somente o semi-aberto ou o fechado (art. 33, § 2.º, b, CP). Não é aplicável, igualmente, pena alternativa, cujo limite é de quatro anos (art. 44, I, CP). Estabelecidos três anos de reclusão e dois de detenção, mas levando-se em conta o total de cinco anos de privação da liberdade, quando o condenado cumprir um sexto, pode o magistrado determinar a progressão a um regime mais favorável.

104-A. Concurso material moderado: trata-se da aplicação do art. 75 do Código Penal, que prevê o máximo de cumprimento da pena em 30 anos, ao disposto no art. 69. Portanto, apesar de a soma das penas poder ser superior a esse teto, o condenado não irá cumprir mais do que três décadas de prisão. Por isso, o concurso material adotado é moderado.

105. Possibilidade de cumulação de pena privativa de liberdade com restritiva de direitos: o § 1.º estabelece a viabilidade de se cumular, por ocasião da aplicação da pena, quando o juiz reconhecer o concurso material, uma pena privativa de liberdade, com suspensão condicional da pena ou mesmo regime aberto (prisão albergue domiciliar), com uma restritiva de direitos. É perfeitamente possível cumprir as condições de um *sursis*, ao mesmo tempo em que o condenado efetua o pagamento da prestação pecuniária. Não é cabível, por outro lado, a fixação de uma pena em regime fechado, ao mesmo tempo em que

se estabelece outra, na mesma sentença, de prestação de serviços à comunidade.

106. Cumprimento simultâneo ou sucessivo de penas restritivas de direitos: preceitua o § 2.º que duas penas restritivas de direitos podem ser cumpridas ao mesmo tempo, desde que sejam compatíveis (ex.: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária); do contrário, devem ser cumpridas sucessivamente, se incompatíveis (ex.: duas penas de limitação de fim de semana).

Concurso formal¹⁰⁷

Art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade).¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.¹¹⁰

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.¹¹¹

107. Conceito de concurso formal: quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos, deve ser punido pela pena mais grave, ou uma delas, se idênticas, aumentada de um sexto até a metade, através do sistema da exasperação. Dá-se o concurso formal *homogêneo*, quando os crimes forem idênticos, e o *heterogêneo*, quando os delitos forem não idênticos.

108. Concurso formal entre tipos omissivos: é perfeitamente admissível a existência de concurso formal entre crimes omissivos. No exemplo de Zaffaroni, se um funcionário do presídio deixa uma porta

aberta para que um preso fuja e outro se vingue, matando o carcereiro, temos homicídio e favorecimento (*Tratado de derecho penal – Parte general*, p. 555). Por vezes, pode ser inviável a aplicação do concurso formal entre crimes omissivos. Note-se que, na omissão de socorro e no homicídio por omissão, cometidos por uma única conduta, o dolo da omissão seria consumido pela tipicidade homicida. Aliás, em verdade, é um concurso aparente ou concurso impróprio (cf. Zaffaroni, ob. cit., p. 555).

109. Concorrência de concursos: trata-se de hipótese admissível. O agente pratica dois crimes em concurso formal e depois outros dois delitos, também em concurso formal. Entre esses dois concursos há um concurso material. Pode cometer dois delitos em continuidade delitiva em concurso material com outros delitos em continuidade delitiva. Nessa ótica: STF: “Tendo em conta que uma das denúncias admitira intervalo de até 3 meses entre as condutas (meses de julho e outubro de 1998), considerou-se razoável aceitar-se, sem desfigurar a continuidade delitiva, esse prazo como o máximo a ser considerado como parâmetro para todas as ações, sem prejuízo da escolha de critério mais favorável pelas instâncias de mérito. Em consequência, deferiu-se o *writ*, nesta parte, para que o paciente passe a responder a 3 acusações (meses de julho e outubro de 1998; março a maio de 1999; novembro de 1999, janeiro de 2000 a outubro de 2001 e dezembro de 2001)” (HC 89.573/PE, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, *Informativo* 456). De outra parte, pode haver dois concursos formais em continuidade delitiva (um homicídio doloso e um culposos + um homicídio doloso e outro culposos). Nesse caso, há divergência quanto à aplicação da pena: a) aplicam-se os dois aumentos, ou seja, do concurso formal e do crime continuado; b) aplica-se somente o aumento do delito continuado, pois é o aspecto que

predomina no contexto criminoso. Esta é a melhor posição.

110. Concurso formal perfeito e imperfeito: o art. 70 divide-se em duas partes. Na primeira, prevê-se o concurso formal perfeito, vale dizer, o agente pratica duas ou mais infrações penais através de uma única conduta. Exemplos: preso subtrai, para si, comprimidos psicotrópicos quando realiza faxina (concurso formal dos arts. 155 do CP e 16 da Lei de Tóxicos (atual art. 28 da 11.343/2006) – RT 709/318); agente leva menor para praticar roubo, tendo em mente só o produto desse delito e não a corrupção do menor (concurso formal dos arts. 157 do CP e 1.º da Lei 2.252/54 – STJ, 6.ª T., RT 737/578). Nesses casos, o agente tem em mente uma só conduta, pouco importando quantos delitos vai praticar; por isso, recebe a pena do mais grave com o aumento determinado pelo legislador. Entretanto, na segunda parte, está previsto o concurso formal imperfeito: as penas devem ser aplicadas cumulativamente se a conduta única é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. A intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão. Tradicional exemplo nos fornece Basileu Garcia: se o agente enfileira várias pessoas e com um único tiro, de arma potente, consegue matá-las ao mesmo tempo, não merece o concurso formal, pois agiu com desígnios autônomos. Por isso, são somadas as penas. Nesse contexto, é polêmica a conceituação do requisito *desígnios autônomos*, previsto para a aplicação do concurso formal imperfeito. *Dois posições* se formaram: 1.ª) “desígnios autônomos” significa ter agido o agente com *dolo direto* no tocante aos vários crimes praticados com uma única ação. Nesse sentido: “Entendeu

o legislador que, havendo desígnios autônomos, ou seja, vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins, não se justifica a diminuição da pena, porque subsiste íntegra a culpabilidade pelos fatos diversos. A expressão *desígnio* exclui o dolo eventual” (Heleno Fragoso, *Lições de direito penal*, 4. ed., p. 349). E mais: “Para a existência do concurso formal, não é exigida, em princípio, a *unidade de desígnio* ou de *intenção* (como no Código de 1890, art. 66, § 3.º), podendo ser reconhecido até mesmo no caso de ação ou omissão culposa com pluralidade de eventos lesivos. É suficiente a unidade de ação ou omissão” (Hungria, *Concurso de infrações penais*, p. 17). Esclarece Nuria Castelló Nicás que havendo dolo direto, voltado a lesões de diversos bens jurídicos, deve-se concluir, tanto do ponto de vista da antijuridicidade como do prisma da culpabilidade, que estamos diante de vários fatos puníveis em concurso real. Porém, quando a vontade do sujeito envolve a conduta, mas não o resultado, que não é diretamente perseguido (dolo eventual), há o verdadeiro concurso formal (*El concurso de normas penales*, p. 41); 2.ª) “desígnios autônomos” quer dizer qualquer forma de *dolo*, seja direto ou eventual. Por isso, quando o agente atua com dolo no que se refere aos delitos concorrentes, deve ser punido com base no concurso formal imperfeito, ou seja, a soma das penas. Nesse prisma: STF, RT 731/527. Esclarecedora, em nosso entender, a posição equilibrada de Basileu Garcia. O juiz deve, no caso concreto, deliberar qual a melhor forma de concurso a aplicar. A cozinheira que, pretendendo assassinar todos os membros de uma família para a qual trabalha, coloca veneno na refeição a ser servida, está praticando vários delitos com uma só ação. Merece, pois, ser punida pela *unidade de resolução* (“desígnios autônomos”) com que agiu, recebendo a pena que seria cabível pela aplicação do concurso

material (art. 70, 2.ª parte, CP). Entretanto, diz o mestre paulista, se alguém vai à sacada de um prédio, chamado por populares, e brada-lhes “Patifes!”, estaria ofendendo a honra de um ou de todos? Qual teria sido sua intenção? Pelo plural utilizado, pode-se crer estar ofendendo mais de uma pessoa. Teria, no entanto, cabimento aplicar-lhe o concurso material, somando-se as penas, num total de 30 ou 40 injúrias? Obviamente que não. Não teve o agente “vários desígnios”, almejando atingir várias pessoas determinadas, mas apenas um grupo de pessoas, de modo indefinido. Sugere então, finalizando o raciocínio, dever o magistrado, valendo-se da equidade, decidir à luz do caso concreto, tendo em vista a clara insuficiência de critérios legais, sem fechar questão em torno de o dolo dever ser *direto* ou *indireto* (*Instituições de direito penal*, t. II, p. 576). Logicamente, altera-se totalmente o contexto se o agente colocar uma bomba num carro, desejando matar um dos ocupantes, mas tendo certeza de que, pela potência do artefato, os outros ocupantes do veículo não sobreviverão. É caso típico de ter agido com dolo direto no tocante à vítima visada e também quanto aos demais passageiros. Merece ser punido pela regra do art. 70, 2.ª parte, do Código Penal. Assim, em síntese, no concurso formal, pode-se sustentar: a) havendo dolo quanto ao crime desejado e culpa quanto ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, trata-se de concurso formal perfeito; b) havendo dolo quanto ao delito desejado e dolo eventual no tocante ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, há concurso formal perfeito; c) havendo dolo quanto ao delito desejado e também em relação aos efeitos colaterais, deve haver concurso formal imperfeito. Lembramos que o dolo direto pode ser de 1.º e de 2.º graus (ver a nota 64 ao art. 18), o que é suficiente para configurar o concurso formal na modalidade imprópria ou imperfeita.

111. Concurso material favorável ou benéfico: determina o parágrafo único do art. 70 ser imperiosa a aplicação do concurso material, caso seja mais favorável do que o formal. Ex.: se o réu está respondendo por homicídio doloso e lesões culposas, em concurso formal, valendo-se da regra do art. 70, a pena mínima seria de 6 anos – pelo homicídio simples – acrescida de um sexto, diante da exasperação prevista, resultando em 7 anos de reclusão. Se fosse aplicada a pena seguindo a regra do concurso material, a pena ficaria em 6 anos de reclusão e 2 meses de detenção. Portanto, já que o concurso formal é um benefício ao réu, deve ser aplicada a pena como se fosse concurso material. Observe-se que o concurso é formal, embora a aplicação da pena siga a regra do concurso material. É a opção do legislador pelo sistema do acúmulo material.

Crime continuado¹¹²⁻¹¹³

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie^{114-114-B} e, pelas condições de tempo,¹¹⁵ lugar,¹¹⁶ maneira de execução¹¹⁷ e outras semelhantes,¹¹⁸ devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro,^{119-119-A} aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada,¹²⁰ em qualquer caso, de um sexto a dois terços.¹²¹⁻¹²²

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa,¹²³⁻¹²⁴ poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.^{125-127-B}

112. Definição e aspectos históricos do crime continuado: quando o agente,

mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, cria-se uma suposição de que os subsequentes são uma continuação do primeiro, formando o crime continuado. É a forma mais polêmica de concurso de crimes, proporcionando inúmeras divergências, desde a natureza jurídica até a conceituação de cada um dos requisitos que o compõem. Narram os penalistas que o crime continuado teve sua origem entre os anos de 1500 e 1600, em teoria elaborada pelos práticos italianos, dos quais ressaltam-se os trabalhos de Prospero Farinacio e Julio Claro. Naquela época, a lei era por demais severa, impondo a aplicação da pena de morte quando houvesse a prática do terceiro furto pelo agente (*Potest pro tribus furtis quamvis minimis poena mortis imponi*). O tratamento era, sem dúvida, cruel, mormente numa época de tanta fome e desolação na Europa. Por isso, escreveu Claro: “Diz-se que o furto é único, ainda que se cometam vários em um dia ou em uma noite, em uma casa ou em várias. Do mesmo modo se o ladrão confessou ter cometido vários furtos no mesmo lugar e em momentos distintos, interpretando-se tal confissão favoravelmente ao agente, isto é, que suas ações, em momentos distintos, continuadamente, são um só furto e não vários...” (Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 60). E, ainda, Farinacio: “Tampouco existem vários furtos senão um só, quando alguém roubar de um só lugar e em momentos diversos, mas continuada e sucessivamente, uma ou mais coisas: ... não se pode dizer ‘várias vezes’ se os roubos não se derem em espécie e tempo distintos. O mesmo se pode dizer daquele que, em uma só noite e continuadamente, comete diversos roubos, em lugares distintos, ainda que de diversos objetos... a esse ladrão não se lhe pode enforcar, como se lhe

enforcaria se tivesse cometido três furtos em momentos distintos e não continuados” (Balestra, ob. cit., p. 61). Na Itália, conforme lição de Pisapia, a primeira disposição legislativa a respeito do crime continuado é encontrada na Toscana pela Lei de 30 de agosto de 1795 e pela Circular de 29 de fevereiro de 1821. Diziam essas normas que se reconhece o furto continuado, mesmo em se tratando de furtos cometidos em tempo e lugar diversos, com vítimas diferentes, desde que compreendidos no prazo de 20 horas. O melhor tratamento normativo para o instituto, no entanto, foi obtido no Código Toscano de 1853, no qual se vê, no art. 80, o seguinte: “Várias violações da mesma norma penal cometidas num mesmo contexto de ações ou, mesmo que em momentos diversos, com atos executórios frutos da mesma resolução criminosa, consideram-se um só delito continuado; mas a continuidade do delito acresce a pena dentro dos seus limites legais” (*Reato continuato*, p. 35).

113. Natureza jurídica: há, basicamente, *duas teorias* a respeito da natureza jurídica do crime continuado: 1.^a) trata-se de uma *ficção jurídica*. O delito continuado é uma pluralidade de crimes apenas porque a lei resolveu conferir ao concurso material um tratamento especial, dando ênfase à *unidade de desígnio*. Adotam essa teoria, dentre outros, Heleno Fragoso, Manoel Pedro Pimentel, Jair Leonardo Lopes, Carrara e Manzini. E, também: STJ: HC 12.719-RJ, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 13.02.2001, v. u., DJ 13.08.2001, p. 278; TACRIM/SP [atual TJSP], AgExec 760.149-9, 12.^a C., rel. Gonzaga Franceschini, 23.11.1992, v. u., RT 696/371; 2.^a) trata-se de uma *realidade*. O crime continuado existe, porque a ação pode compor-se de vários atos, sem que isso tenha qualquer correspondência necessária com um ou mais resultados. Assim, vários atos podem dar causa a um único resultado

e vice-versa. São partidários dessa corrente: Balestra, Delitala, Alimena e Zaffaroni, que diz: “Em nossa concepção, a consideração do delito continuado como um ‘fato’ ou conduta única provém do reconhecimento de uma desvalorização jurídica unitária de um conteúdo de comportamento humano final, que nada tem de ficção – e menos de mera construção jurisprudencial beneficiadora –, senão que se baseia no dado ôntico do elemento final e no componente normativo que oferece a absurda consequência de sua consideração jurídica fracionada à luz da proibição. (...) Se se considerasse que o delito continuado é uma mera ficção, sem base legal certa e fundada na equidade, não se poderia contar a prescrição desde que cessa a última parte da conduta, nem se poderia aplicar ao fato a lei mais gravosa que rege unicamente essa parte” (ob. cit., p. 543-544). O Código Penal adotou a teoria da ficção, que, de fato, parece ser a melhor.

114. Crimes da mesma espécie: há *duas posições* a esse respeito: a) *são delitos da mesma espécie os que estiverem previstos no mesmo tipo penal*. Nesse prisma, tanto faz sejam figuras simples ou qualificadas, dolosas ou culposas, tentadas ou consumadas. Assim: Hungria, Frederico Marques – com a ressalva de que não precisam estar no mesmo artigo (ex.: furto e furto de coisa comum, arts. 155 e 156, CP) –, Damásio, Jair Leonardo Lopes – embora admita, excepcionalmente, casos não previstos no mesmo tipo penal. Pacífico no STF: RT 680/429, RT 733/484; no STJ: “Inexiste continuidade delitiva entre os crimes de receptação dolosa e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, pois são infrações penais de espécies diferentes. Precedentes do STJ” (HC 57.956-RS, 5.^a T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 09.08.2007, v. u.); “Para a conceituação do que venha a ser crime de ‘mesma espécie’, para fins de incidência

do art. 71 do Estatuto Penal Repressivo, não basta que os crimes atinjam um mesmo bem jurídico. Além disso, deve haver necessariamente semelhança entre os elementos subjetivos e objetivos (descritivos) das condutas delituosas, o que não ocorre no caso vertente” (HC 9.460-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 29.11.1999, p. 178); *RT* 725/531, *RT* 734/658, *RSTJ* 64/139 (“Continuidade inadmissível, pois os crimes de roubo e latrocínio, embora sejam da mesma natureza, diferem quanto à espécie”); REsp 46.209-DF, REsp 26.855-PR; TJSP: *RT* 730/523; REsp 163.658-RS, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 14.12.1999, v. u., *DJ* 14.02.2000, p. 81.; b) *são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes*. É a lição de Basileu, Fragoso, Delmanto, Paulo José da Costa Jr, Walter Vieira do Nascimento. Assim, seriam delitos da mesma espécie o roubo e o furto, pois ambos protegem o patrimônio. Apesar de ser amplamente majoritária na jurisprudência a primeira, Jair Leonardo Lopes traz um importante ponto para reflexão. Imagine-se um balconista que, para fazer o lanche, durante vários dias, deixa de colocar diariamente na gaveta R\$ 2,00, de parte das vendas realizadas. Depois disso, durante vários outros dias, aproveitando-se da ausência do patrão, tire da mesma gaveta R\$ 2,00, para o mesmo fim. A primeira ação, que seria “apropriar-se”, está prevista no art. 168, § 1.^o, III, do Código Penal, enquanto a segunda está prevista no art. 155, § 4.^o, II, do Código Penal. É justo que lhe seja considerada a existência do crime continuado, pois a aplicação do concurso material seria extremamente severa (*Curso de direito penal*, p. 226).

114-A. Estupro e atentado violento ao pudor: não são crimes da mesma espécie, mas do mesmo gênero, motivo pelo qual não se configura a continuidade delitiva.

Conferir: STJ: “Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de *praeludia coiti*, é de se reconhecer o concurso material entre os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva exige crimes da mesma espécie e homogeneidade de execução” (HC 35.220-RS, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 05.10.2004, v. u., *DJ* 08.11.2004, p. 259); TJSP: “A cópula vagínica (estupro) e a cópula anal (atentado violento ao pudor) praticadas em sequência configuram delitos contra os costumes, ambos crimes de violência contra a liberdade sexual, mas não são da mesma espécie para o efeito de caracterização de crime continuado e formulação da pena” (Ap. 300.281-3/0, Cubatão, 3.^a C., rel. Abreu Oliveira, 01.07.2003, v. u., *JUBI* 86/03); Ap. 840.006-3/4, S. Bernardo do Campo, 11.^a C., rel. Silveira Lima, 14.03.2007, v. u. Checar ainda a nota 18 ao art. 213. Entretanto, no STF, a questão não se encontra consolidada. Confira-se: “Em face de empate na votação, a Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor para determinar a unificação das penas pelo reconhecimento de crime continuado. *Entendeu-se que a circunstância de esses delitos não possuírem tipificação idêntica não seria suficiente a afastar a continuidade delitiva, uma vez que ambos são crimes contra a liberdade sexual* e, no caso, foram praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima. Vencidos, no ponto, os Ministros Carlos Britto, relator, e Cármen Lúcia que aplicavam a orientação da Corte, no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, ainda que praticados contra a mesma vítima, caracterizam hipótese de concurso material. Por unanimidade, deferiu-se o *writ* para afastar o óbice legal do art. 2.^o, § 1.^o, da Lei 8.072/90, declarado inconstitucional, de modo a que o juiz das execuções analise os

demais requisitos da progressão do regime de execução. Rejeitou-se, ainda, a alegação de intempestividade do recurso especial do Ministério Público, ao fundamento de que, consoante assentado pela jurisprudência do STF, as férias forenses suspendem a contagem dos prazos recursais, a teor do art. 66 da LOMAN” (HC 89827-SP, rel. Carlos Britto, 27.02.2007, empate, *Informativo* 457, grifamos). Há, também, dissenso no STJ: “A Turma entendeu, por maioria, que é possível a continuidade delitiva entre o crime de estupro (art. 213 do CP) e o atentado violento ao pudor (art. 214 do mesmo código). Ambos são crimes praticados contra a liberdade sexual e atingem, de forma ampla, o mesmo bem jurídico tutelado: a inviolabilidade carnal. Assim, caracterizam-se como crimes de mesma espécie. O legislador, quando se refere à continuidade, alude a crime de mesma espécie, e não a crime idêntico (tal como faz enquanto no trato de concurso material ou formal), além de referir-se a penas iguais ou mais graves, o que demonstra a possibilidade de os crimes não estarem contidos no mesmo tipo legal. Não se pode olvidar que o crime continuado é modalidade do concurso material e foi concebido com o objetivo de evitar a injustiça advinda da aplicação das penas, tal como as do caso, em que, mesmo aplicadas isoladamente, são de alto patamar. Por isso, é suficiente à reprovação e prevenção dos delitos que apenas uma delas seja aplicada com a elevação proveniente da aplicação do art. 71 do CP. Precedentes citados do STF: HC 89.827-SP, DJ 27/4/2007; do STJ: HC 57.872-SP, DJ 8/10/2007.” (STJ, HC 99.810-SP, 6.^a T., rel. orig. Og Fernandes, rel. para o acórdão Jane Silva, j. 07.10.2008).

114-B. Roubo e latrocínio: a tendência majoritária da jurisprudência sempre foi no sentido de negar a possibilidade de continuidade delitiva entre ambos, em espe-

cial, sustentando serem delitos de espécies diferenciadas. Pensamos que o meio-termo é o caminho adequado para refletir sobre tal hipótese. Em primeiro lugar, roubo e latrocínio (roubo seguido de morte) são da mesma espécie, pois previstos no mesmo tipo penal (art. 157, CP, pouco importando se no *caput* ou em qualquer parágrafo). Porém, o fator elementar a ser discutido, em nosso ponto-de-vista, é o meio de execução. Caso haja um primeiro roubo (dolo) e, posteriormente, um roubo (dolo), seguido de morte da vítima (dolo), pensamos ser inviável a continuidade delitiva. Os meios de execução foram propositadamente diversos. Na primeira situação, o agente somente se voltou contra o patrimônio da vítima; na segunda, dolosamente, atingiu dois bens jurídicos diversos (patrimônio e vida). Entretanto, se houver um primeiro roubo (dolo) para, depois, acontecer outro (dolo), com resultado morte da vítima, decorrente de culpa (resultado mais grave involuntário, pois), parece-nos razoável aplicar o crime continuado, desde que as demais condições do art. 71 do Código Penal estejam presentes. Consulte-se: TJSP: “Roubo consumado e latrocínio – Ocorrência – Delitos da mesma natureza, definidos no mesmo artigo do Código Penal, que se distinguem por um só aspecto, o resultado morte – Entendimento de que o objetivo dos apelantes era o de apoderarem-se dos automóveis, e o fizeram de forma igual, sempre os dois, com a mesma arma, procurando sempre um veículo ‘Siena’, no mesmo espaço territorial, separados por lapso temporal muito curto, havendo no segundo evento, desvio na execução do crime (o que só circunstancialmente não houve no primeiro), não sendo suficiente, na hipótese, para desqualificar a continuidade – Recurso parcialmente provido” (Ap. 995.612-3/6-SP, 12.^a C., rel. Eduardo Pereira, 28.03.2007, v. u.).

115. **Condições de tempo:** afirma Nelson Hungria, com inteira razão, ser necessária para a configuração do requisito temporal “uma certa continuidade no tempo”, ou seja, uma determinada “periodicidade”, que imponha “um certo ritmo” entre as ações sucessivas. Não se podem fixar, a esse respeito, indicações precisas. Apesar disso, firma a jurisprudência majoritária o entendimento de que, entre as infrações, deve mediar no máximo um mês: TACRIM-SP (atual TJSP): “Crime continuado – Des-caracterização – Período superior a um mês entre um delito e outro, e praticados com variedade de comparsas – Hipótese que demonstra que o agente é um delinquente habitual” (RT750/658; idem: RT747/689). E, ainda: TACRIM/SP [atual TJSP], AgExec 760.149-9, 12.^a C., rel. Gonzaga Franceschini, 23.11.1992, v. u., RT696/371. O juiz, por seu turno, não deve ficar limitado a esse posicionamento, embora possa tomá-lo como parâmetro. Imagine-se o agente que cometa vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos. Nessa ótica, admitindo o prazo de três meses entre os delitos: STF: “A Turma, por maioria, deferiu, em parte, *habeas corpus* em que denunciado por suposta sonegação de tributo de recolhimento mensal (Lei 8.137/90, arts. 1.^o, I e II; e 11) pleiteava a reunião de todas as ações penais contra ele instauradas, ao argumento de que os crimes foram cometidos em continuidade delitiva (CP, art. 71), ainda que o *intervalo entre as condutas tenha sido superior a 30 dias*, e, em consequência, haveria conexão entre os processos (CPP, arts. 76 e 78, II, c). No caso, não obstante o processo relativo a delitos cometidos nos meses de julho e outubro de 1998 já ter sido distribuído a determinada vara criminal, outras novas denúncias,

concernentes aos meses de março de 2000 a junho de 2001; julho a outubro de 1998; maio e novembro de 1999 e janeiro e fevereiro de 2000; março e abril de 1999, foram oferecidas, referentes aos mesmos tributo e tipo penal, que, distribuídas livremente, ensejaram 4 ações penais simultâneas em varas diversas. Inicialmente, ressaltou-se que o crime continuado não se amolda às hipóteses de prorrogação de competência, seja pela conexão (CPP, art. 76), seja pela continência (CPP, art. 77), ocorrendo, isto sim, distribuição por prevenção. Assim, reputou-se necessário para o deslinde da questão saber-se, na espécie, configurar-se-ia crime continuado para, caso afirmativo, remeterem-se as ações para o juízo preventivo; ou, caso negativo, analisar-se o tema residual da prorrogação da competência pela continência ou conexão entre os crimes. Tendo em conta que *uma das denúncias admitira intervalo de até 3 meses* entre as condutas (meses de julho e outubro de 1998), considerou-se *razoável aceitar-se, sem desfigurar a continuidade delitiva*, esse prazo como o máximo a ser considerado como parâmetro para todas as ações, sem prejuízo da escolha de critério mais favorável pelas instâncias de mérito. Em consequência, deferiu-se o *writ*, nesta parte, para que o paciente passe a responder a 3 acusações (meses de julho e outubro de 1998; março a maio de 1999; novembro de 1999, janeiro de 2000 a outubro de 2001 e dezembro de 2001). Concluiu-se que o parcial reconhecimento da continuidade delitiva não alteraria a distribuição da primeira ação penal, devendo esta permanecer em vara distinta, na qual se encontra. Em seguida, procedeu-se ao exame da questão residual desse processo com os demais. Entendeu-se incabível a continência, pois inexistente concurso de agentes, concurso formal ou erro na execução a ele assimilável, bem

como se afastou a possibilidade de conexão, haja vista sequer haver sido suscitada pela impetração, salvo como decorrência da continuidade delitiva. Vencido, parcialmente, o Min. Marco Aurélio que deferia o *writ* em maior extensão para que o processo tivesse curso em juízo único, ao fundamento de que, na hipótese, o critério temporal fixado pela jurisprudência não deveria prevalecer. Por fim, estendeu-se a ordem ao co-réu” (HC 89573-PE, rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, m. v., *Informativo* 456).

116. Condições de espaço: no mesmo prisma, defende-se como critério básico a observância de um certo ritmo nas ações do agente, vale dizer, que ele cometa seus delitos em localidades próximas, demonstrando uma certa *periodicidade* entre todas. Ex.: o agente comete furtos sempre em torno do eixo São Paulo-Baixada Santista. Assim, ora está em Santos, ora no Guarujá, ora em São Paulo, mas sempre nessa região. Apregoa a jurisprudência majoritária ser melhor indicado, como condição de espaço, as cidades próximas, ficando a critério do magistrado definir o que venha a ser tal proximidade. Confirmando o crime continuado, desde que ocorrido na mesma cidade: TACRIM/SP, AgExec 760.149-9, 12.^a C., rel. Gonzaga Franceschini, 23.11.1992, v. u., RT696/371. Aceitando a existência do crime continuado entre cidades distantes 143 quilômetros uma da outra: TJSP, Ag 270.594-3, Marília, 1.^a C., rel. Fortes Barbosa, 03.05.1999, v. u., JTJ 222/365.

117. Formas de execução: apesar de muito difícil definir o que venham a ser formas de execução semelhantes, deve o juiz levar em conta, fundamentalmente, os métodos utilizados pelo agente para o cometimento de seus crimes, algo subjetivo, mas que pode levá-lo a estabelecer um padrão. Esse padrão seria a semelhança apontada pela lei. Ex.: um indivíduo que

sempre aplique o mesmo golpe do *bilhete premiado*, na mesma região de São Paulo, seria um típico exemplo de execução semelhante do crime de estelionato. É lógico que muitas dúvidas vão surgir. O agente que pratique um furto por arrombamento e depois seja obrigado a escalar a morada para concretizar a subtração merece a aplicação do crime continuado? Apesar de serem, aparentemente, formas de execução diferenciadas, cremos indicado aplicar a continuidade, desde que o magistrado consiga perceber que ele ora age por escalada, ora por arrombamento, demonstrando até mesmo nesse ponto certo padrão. Bastante discutíveis são dois pontos: a) a *variação de comparsas*. Entendem alguns que essa variação não deve impedir a aplicação do crime continuado, o que nos parece ser o melhor posicionamento. Contra: STJ: “A circunstância de serem os delitos cometidos de forma diferenciada – no primeiro o paciente agiu sozinho e no segundo com o concurso de outras pessoas – afasta, de plano, a similitude do *modus operandi*, o que descaracteriza a continuidade delitiva” (HC 8.850-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 05.10.1999, v. u., DJ08.11.1999, p. 80); b) a *variação entre autoria e participação, ou seja, ora o sujeito age como autor, ora como partícipe*. Cremos ser irrelevante tal alternância para o reconhecimento do delito continuado.

118. Outras circunstâncias semelhantes: é lógico que estamos tratando de circunstâncias *objetivas* semelhantes, pois o critério de semelhança somente pode estar conectado aos primeiros requisitos enumerados pelo legislador, todos objetivos. No mais, qualquer tipo de componente do delito que permita demonstrar a parença entre eles é suficiente. Ex.: obter o agente sempre do mesmo informante os dados necessários para praticar seus delitos.

119. Delinquência habitual ou profissional: não se aplica o crime continuado ao criminoso habitual ou profissional, pois não merece o benefício – afinal, busca valer-se de instituto fundamentalmente voltado ao criminoso eventual. Note-se que, se fosse aplicável, mais conveniente seria ao delinquente cometer vários crimes, em sequência, tornando-se sua “profissão”, do que fazê-lo vez ou outra. Não se pode pensar em diminuir o excesso punitivo de quem faz do delito um autêntico meio de ganhar a vida. Convém expor a posição da jurisprudência: STF: “O entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado” (RHC 93.144-SP, 1.^a T., rel. Menezes Direito, 18.03.2008, v. u.); “Quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva” (HC 71.940-SP, 2.^a T., rel. Maurício Corrêa, RTJ 160/583). Idem: RTJ 159/844 (mencionando vários outros precedentes no mesmo sentido); 137/764; 133/1.242; STJ: “A continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente, entendendo que vários delitos cometidos sejam entendidos como desdobramento do primeiro, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos. Na presente hipótese, verificou-se que o ora Paciente é um criminoso profissional, praticando habitualmente delitos contra o patrimônio, o que afasta a aplicação da continuidade delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso” (HC 94.901-SP, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 08.04.2008, v. u.); TJSP: “Se os vários crimes de estelionato foram praticados em datas distintas e contra vítimas diversas, restando patenteado o desígnio autônomo de cada uma das infrações, não há falar em continuidade delitiva, mas

sim, em habitualidade criminosa” (Ag. em Execução 873.013.3/2, 9.^a C., rel. René Nunes, 29.03.2006, v. u.); “Crime continuado – Não caracterização – Falta de unidade de desígnio – Agente que revela a prática profissionalizante do crime. (...) Sem a unidade de desígnio o que se tem é o *gangsterismo*, que não se compraz em receber o beneplácito penal. A propósito, jamais o legislador cogitou pudesse o criminoso habitual, profissional, valer-se do beneplácito da ficção jurídica por ele criada. Seria um absurdo contra-senso a negar os próprios valores sociais. Algo que se criaria contra os interesses do próprio criador” (5.^a C., rel. Dirceu de Mello, 05.04.1989, v. u., Lex 118/575). Idem: Lex 185/321; Ag 154.095-3-SP, rel. Djalma Lofrano, 03.03.1994; Ag 115.671-3-SP, rel. Ângelo Gallucci, 02.12.1991; Ag 127.566-3-SP, rel. Cunha Bueno, 13.10.1992; Ag 116.341-3-SP, rel. Cunha Bueno, 15.01.1992; Ag 121.557-3-SP, rel. Carlos Bueno, 08.06.1992. E no TA-CRIM/SP [atual TJSP]: AgExec 1178939-6, 15.^a C., rel. Carlos Biasotti, 07.01.2000.

119-A. Crime habitual continuado: diferente da hipótese retratada na nota anterior, que se refere ao criminoso que, habitualmente, pratica vários delitos instantâneos ou permanentes, é possível haver crime habitual em continuidade delitiva. Assim, o agente pode cometer um crime habitual (ex.: manter casa de prostituição), havendo uma interrupção qualquer, seguida de outro delito habitual idêntico, o que configuraria o crime continuado. Nesse prisma: Mario Petrone (*Reato abituale*, p. 70).

120. Critério de dosagem do aumento: no crime continuado, o único critério a ser levado em conta para dosar o aumento (1/6 a 2/3, no *caput*, e até o triplo, no parágrafo único, do art. 71) é o número de infrações praticadas. É a correta lição de Fragoso, *Lições de direito penal*, p. 352.

Sobre o aumento, Flávio Augusto Monteiro de Barros fornece uma tabela: para 2 crimes, aumenta-se a pena em um sexto; para 3 delitos, eleva-se em um quinto; para 4 crimes, aumenta-se em um quarto; para 5 crimes, eleva-se em um terço; para 6 delitos, aumenta-se na metade; para 7 ou mais crimes, eleva-se em dois terços (*Direito penal – Parte geral*, p. 447). Ver, ainda: STJ: “O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Assim, mesmo afastadas as infrações em relação às quais o e. Tribunal *a quo* reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, ainda resta um número elevado de infrações que justifica o aumento da pena acima do patamar mínimo estabelecido” (REsp 802.503-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 27.03.2008, v. u.); “1. O Tribunal *a quo*, ao majorar a pena em 1/3 em razão da continuidade delitiva, utilizou-se da mesma fundamentação invocada pelo juízo monocrático na sentença condenatória – número elevado de crimes, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada. 2. O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, *caput*, do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. 3. Precedentes” (HC 80.434-DF, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 28.06.2007, v. u.); “A exasperação da pena em razão do reconhecimento da continuidade delitiva não prescinde da indicação no número de infrações que justificam o *quantum* do aumento” (REsp 819.805-SC, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 17.08.2006, v. u., DJ02.10.2006, p. 310); “Em tema de continuidade delitiva de que trata o *caput* do art. 71 do Código Penal, o melhor critério para a fixação do aumento de pena deve ser aquele que considera o número de crimes praticados. Seguindo esse critério, o Supremo Tribunal Federal e esta Corte têm decidido, em hipóteses como a dos autos – dois crimes praticados

em continuidade delitiva –, que o aumento de pena em razão da continuidade deve dar-se no mínimo legal, ou seja, 1/6 (um sexto)” (STJ, HC 10.076-MG, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 16.11.1999, v. u., DJ17.12.1999, p. 387).

121. A unidade de desígnio no crime continuado: o principal dos requisitos a ser debatido é o referente à *unidade de desígnio*. Seria imprescindível, para o reconhecimento do crime continuado, encontrar no agente *unidade de propósito*, vale dizer, uma proposta única para o cometimento das várias ações que o levaram a praticar vários resultados típicos? Para solucionar tal questão, há fundamentalmente *três teorias*: 1.^a) *subjetiva*: exige apenas unidade de desígnio para demonstrar a existência do delito continuado. É a menos utilizada pela doutrina, e, segundo Schultz, trata-se de uma tese isolada seguida pela jurisprudência suíça. Por tal teoria, o delito continuado somente existiria caso o agente conseguisse demonstrar que agiu com *unidade de desígnio*, ou seja, que desde o início de sua atividade criminosa tinha um único propósito. Como isso é, praticamente, impossível de se fazer sem o auxílio dos elementos objetivos, que compõem a continuidade delituosa, não se acolhe tal posicionamento; 2.^a) *objetiva*: não exige a prova da *unidade de desígnio*, mas única e tão-somente a demonstração de requisitos objetivos, tais como a prática de crimes da mesma espécie, cometidos em semelhantes condições de lugar, tempo, modo de execução, entre outras. Sustentam-na: Feuerbach, Mezger, Liszt-Schmidt, Von Hippel, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Eduardo Corrêa. Na doutrina nacional: Frágoso, Frederico Marques, Hungria, Delmanto, Paulo José da Costa Jr., Costa e Silva, Manoel Pedro Pimentel, dentre outros. Sobre a desnecessidade de se exigir a prova da

unidade de desígnio, destaca Aníbal Bruno que “o nosso Direito positivo vigente adota uma posição objetiva, dispensando, assim, a participação de qualquer elemento subjetivo unitário, na conceituação do crime continuado, abrangedor dos vários fatos que se sucedem”. O autor ressalta, no entanto, a possibilidade *excepcional* de se usar a unidade de desígnio, quando houver dificuldade de estabelecer o vínculo de continuidade entre os fatos (*Das penas*, p. 168); 3.^a) *objetivo-subjetiva*: exige-se, para a prova do crime continuado, não somente a demonstração dos requisitos objetivos, mas ainda a prova da *unidade de desígnio*. Aliás, facilita-se a evidência desta última a partir dos dados objetivos. Defendem-na: Welzel, Sauer, Weber, Maurach, Bettiol, Antolisei, Alimena, Pisapia, Manzini, Florian, Balestra, Schönke-Schröder, Impallomeni, Camargo Hernández, Ricardo Nuñez, Zaffaroni. Na doutrina nacional: Roberto Lyra, Basileu Garcia, Noronha, Silva Franco, Damásio. Na Itália, por expressa previsão legal (art. 81, CP), exige-se unidade de desígnio para a caracterização do crime continuado. Por isso, conforme explica Roberta Ristori, é fundamental que o agente, ao dar início às infrações penais, tenha o objetivo de atingir todas elas. Da primeira à última, tudo é parte de um só programa orgânico (*Il reato continuato*, p. 6-7). Recentemente, afirmou a jurisprudência italiana que, para verificar a unidade de desígnio, basta a *representação* preventiva da série de crimes programados como um conjunto. A realização concreta de cada um significa uma eventualidade e não um comportamento futuro certo da parte do agente, o que amenizou a exigência da unidade de desígnio (ob. cit., p. 10). A corrente ideal, sem dúvida, deveria ser a terceira, tendo em vista possibilitar uma autêntica diferença entre o singelo concurso material e o crime continuado – afinal, este último

exigiria a *unidade de desígnio*. Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o *iter criminis*, tinha o propósito de cometer um crime único, embora por partes. Assim, o balconista de uma loja que, pretendendo subtrair R\$ 1.000,00 do seu patrão, comete vários e contínuos pequenos furtos até atingir a almejada quantia. Completamente diferente seria a situação daquele ladrão que comete furtos variados, sem qualquer rumo ou planejamento, nem tampouco objetivo único. Entretanto, apesar disso, a lei penal adotou claramente a segunda posição, ou seja, a teoria objetiva pura. Cremos deva-se seguir literalmente o disposto no art. 71 do Código Penal, pois não cabe ao juiz questionar os critérios do legislador. Ainda que a teoria objetivo-subjetiva seja a melhor, não se pode olvidar a escolha legal. Diz a Exposição de Motivos do Código: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”. Na jurisprudência, vinha predominado de forma quase pacífica o entendimento de que a *unidade de desígnio* é imprescindível para o reconhecimento do crime continuado. Atualmente, embora ainda prevaleça esse ponto de vista – contrário à adoção da teoria objetiva pura pela lei –, tem sido ele amenizado continuamente. *Em favor da teoria objetivo-subjetiva*: STF: “Delitos de roubo. Unificação das penas sob a alegação de continuidade delitiva. Não-ocorrência das condições objetivas e subjetivas. Impossibilidade de revolvimento do conjunto probatório para esse fim. Recurso desprovido. Precedentes. 1. Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo

Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subseqüentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subseqüentes continuação do primeiro” (RHC 93.144-SP, 1.ª T., rel. Menezes Direito, 18.03.2008, v. u., grifamos). STJ: “I – Tendo em vista que a tese de progressão de regime não foi analisada pela autoridade apontada como coatora, fica esta Corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de supressão de instância (Precedentes). II – Esta Corte vem entendendo, na dicção de sua dought maior, que não basta para a caracterização da continuidade delitiva apenas o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva. Faz-se mister, ainda, a presença do requisito da denominada unidade de desígnios ou do vínculo subjetivo entre os eventos (Precedentes). III – ‘Não estando presentes os requisitos exigidos pelo legislador, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa’ (HC 75.199/SP, 5.ª T., rel. Min. Jane Silva – Desembargadora convocada do TJMG, DJU 15.10.2007). Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, denegada” (HC 93.440-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 21.02.2008, v. u.). “Crime continuado – Caracterização – Exigência de unidade de desígnio ou dolo total – Situação atual perante a doutrina e a nova Parte Geral – Insuficiência da teoria objetiva pura

– Atenuações pela jurisprudência – Teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente” (RSTJ 12/267); HC 35.861-MS, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v. u., DJ 03.11.2004, p. 218. TJSP: Ag 262.403-3-SP, 5.ª C., rel. Celso Limongi, 10.12.1998, v. u. Idem: RT 719/530; RT 655/357; RT 671/391; RSTJ 19/478; RSTJ 12/278; RSTJ 56/360 (com menção de vários outros precedentes no mesmo sentido). Entretanto, em favor da teoria objetiva pura: STF: “Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira – Relevância de dados subjetivos restrita à fixação da pena unificada. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do Código Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a ‘outras circunstâncias semelhantes’ àquelas que enumerou – ‘de tempo, lugar e modo de execução’ – só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. Viola o art. 71 do Código Penal o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, à base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio. A algumas circunstâncias subjetivas fez concessão o parágrafo único do art. 71 do Código Penal, não para a identificação do crime continuado, mas apenas para o tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada” (HC 68.661-SP, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 27.08.1991, v. u., RTJ 137/772). Idem: STF, HC 77.786-RJ, 2.ª T., rel. Marco Aurélio, 27.10.1998, v. u., DJ 02.02.2001, p. 74. Na

mesma linha, TJSP: “No caso presente estão presentes todos os requisitos do art. 71 do Código Penal. Os delitos foram praticados em co-autoria, sob a mesma regência, pelo mesmo motivo, com semelhantes armas de fogo, em locais próximos, no mesmo dia, no mesmo contexto, enfim” (Ap. 145.353-3/0-SP, 3.^a C., rel. Eduardo Pereira, 08.11.1993, v. u.); Rev. 239.097-3, Avaré, 3.^o Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gentil Leite, 11.02.1999, v. u.; Ag 270.594-3, Marília, 1.^a C., rel. Fortes Barbosa, 03.05.1999, v. u., *JTJ* 222/365. Idem, no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (atual TJSP): AgExec 760.149-9, 12.^a C., rel. Gonzaga Franceschini, 23.11.1992, v. u., *RT* 696/371; *RJDTACRIM* 20/60; Rev. 342.044-9, 5.^o Grupo de Câmaras, rel. Breno Guimarães, 20.10.1999, *RJTACRIM* 45/440. Cuidando apenas dos aspectos objetivos do crime continuado, que foi concedido em apelo do réu: TJES: “Houve a prática de mais de uma conduta pelos acusados. Os delitos praticados por eles são da mesma espécie, quais sejam, dois furtos que tiveram como vítimas Oladir Luiz Lorenzon e Onofre Jorge de Oliveira. Os dois furtos foram praticados na mesma madrugada do dia 28 para 29 de setembro de 2002, em um curto espaço de tempo, em locais próximos e executados de maneira idêntica, ou seja, ambos veículos encontravam-se estacionados e foram arrombados” (Ap. 012.02.004956-0, 2.^a C., rel. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, 10.05.2006, v. u., *DJ* 20.06.2006). A questão está longe de ser solucionada, embora a jurisprudência ainda dominante esteja fazendo da lei letra morta. O réu tem direito ao crime continuado agindo ou não com “unidade de desígnio”, pois essa foi a vontade do legislador.

121-A. Crime continuado e delito culposos: adotada a teoria objetiva pura, como ocorre no art. 71 do Código Penal,

não se exigindo unidade de desígnio para a concretização do delito continuado, é perfeitamente admissível a continuidade no contexto dos crimes culposos (onde não há resultado desejado pelo agente). Em sentido oposto, mas por expressa previsão legal, na Itália, a jurisprudência unanimemente exclui a possibilidade de continuidade delitiva nos crimes culposos, pois é inadmissível e ilógica a existência de *unidade de desígnio* (cf. Roberta Ristoria, *Il reato continuato*, p. 17).

122. Crime continuado e inimputabilidade: quando, durante os vários delitos que constituem o crime continuado, o agente tornar-se inimputável ou, ao contrário, iniciar a cadeia de delitos inimputável e curar-se, impõem-se duas soluções: a) *deve ser aplicada pena e medida de segurança*: pena para quando estiver imputável e medida de segurança para quando estiver inimputável (ex.: ao praticar quatro furtos, o agente era imputável nos dois primeiros e inimputável nos dois últimos); b) *pena ou medida de segurança*: se o último delito for praticado quando imputável, aplica-se a pena; se o último for praticado quando inimputável, aplica-se medida de segurança. Tendo em vista que o Código Penal adota a teoria objetiva pura, nada impede se considere crime continuado, portanto, uma unidade, quatro furtos cometidos em condições de lugar, tempo e modo de execução semelhantes, mesmo que dois deles sejam cometidos por agente imputável e os outros dois, por inimputável.

123. Crimes praticados contra vítimas diferentes e bens personalíssimos: houve época em que a jurisprudência era praticamente pacífica ao estipular não ser cabível crime continuado para crimes violentos cometidos contra vítimas diferentes e ofendendo bens personalíssimos, tais como vida ou integridade física. Havia a Súmula 605 do Supremo Tribunal Fede-

ral: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”. Atualmente, os acórdãos seguem tendência em sentido contrário, acolhendo o delito continuado mesmo contra vítimas diferentes e bens personalíssimos: STJ: “Homicídio – Continuidade delitiva – Pena – Jurisprudência assentada no sentido de que, consoante a norma do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, é possível, em tese, rege-se a pena pelo critério da continuidade” (REsp 39.312-4-RJ, 5.ª C., rel. José Dantas, 07.03.1994, v. u.). Idem: TJSP: Ap. 200.772-3-SP, 1.ª C., rel. Cyro Bonilha, 15.04.1996, v. u. Aliás, outra não poderia ser a solução, pois a Reforma Penal de 1984 acrescentou o parágrafo único no art. 71 do Código Penal, prevendo claramente essa possibilidade.

124. Ações concomitantes, contemporâneas ou simultâneas: não podem ser havidas como continuidade delitiva, pois a lei é bastante clara ao exigir que as ações sejam subsequêntes. Por isso, quando houver ações simultâneas, deve-se optar ou pelo delito único ou pelo concurso material, mas jamais pelo crime continuado. Ex.: alguém atira com uma das mãos em uma pessoa e coloca fogo em um prédio com a outra mão. Trata-se de concurso material. Por outro lado, caso atire com dois revólveres, um em cada mão, contra a mesma pessoa, está praticando crime único. Outro exemplo, caracterizado pelo dolo direto de primeiro grau (ver a nota 64 ao art. 18), configurando ação simultânea, é a conduta do matador que provoca a explosão de um avião, eliminando ao mesmo tempo várias pessoas. Deve ser punido pelo número de homicídios causados em concurso material.

125. Espécies de crime continuado: há duas espécies: a) *crime continuado simples*, previsto no art. 71, *caput*, do Código Penal; b) *crime continuado qualificado ou específico*, previsto no art. 71, parágrafo

único, do Código Penal. Entende parte da doutrina que o art. 71, parágrafo único, ao prever a possibilidade de o juiz triplicar a pena, quando sentir necessidade, desde que preenchidos os requisitos de terem sido delitos dolosos, praticados com violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes, além da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do réu, motivos e circunstâncias do crime o indicarem, descaracterizou a continuidade delitiva. O aumento, por ser aplicado no triplo, poderia levar o crime a pena semelhante àquela aplicada no caso de concurso material. A crítica não é razoável porque o juiz jamais poderá ultrapassar o critério do art. 69 (concurso material), sendo certo ainda que em crimes violentos, atingindo bens personalíssimos, a pena precisa ser aplicada com maior rigor. Houve, entretanto, um patente equívoco do legislador. O agente que pratique vários roubos contra a mesma pessoa receberá o aumento do *caput* do art. 71 (1/6 a 2/3) e outro, atuando contra vítimas diferentes, embora cometendo o mesmo tipo de delito, poderá receber uma pena triplicada.

126. Diferença entre crime continuado e delito habitual: neste último, cada um dos episódios agrupados não é punível em si mesmo, pois pertencem a uma pluralidade de atos requeridos no tipo para configurar um fato punível. No delito continuado, cada uma das condutas agrupadas reúne, por si mesma, todas as características do fato punível. Enquanto no crime habitual a pluralidade de atos é um elemento do tipo, tal como o exercício ilegal da medicina, que deve cumprir-se habitualmente, na continuidade, ao invés, cada ato é punível e o conjunto constitui um delito por obra da dependência de todos eles. Assim, três furtos podem ser um só delito, mas isso não quer dizer que cada furto não seja um delito (Balestra, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 63).

127. Diferença entre concurso de delitos e reincidência: “a pluralidade de fatos delituosos cometidos por uma mesma pessoa, sem que nenhum deles tenha propiciado uma condenação, é o que, no tecnicismo do direito penal, se conhece por concurso de delitos. A circunstância de não existir uma condenação anterior é o que o distingue da reincidência” (Eusebio Gomez, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 507).

127-A. Crime continuado e suspensão condicional do processo: preceitua o art. 89 da Lei 9.099/95 que “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”. Para tanto, levando-se em conta que o crime continuado, embora seja uma ficção jurídica, considera a prática de vários delitos como um único, em continuidade, é preciso ter em mente, para a aplicação do disposto no referido art. 89, a exasperação mínima prevista no art. 71. Assim, quando se tratar, por exemplo, de um furto simples continuado (conforme descrição feita na denúncia), não cabe a suspensão condicional do processo, pois a pena mínima prevista será de 1 (um) ano acrescida de, pelo menos, um sexto, logo, fora do âmbito de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. Nesse prisma, conferir o disposto na Súmula 723 do STF: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano”.

127-B. Referências ao art. 70, parágrafo único, e ao art. 75: a primeira cuida do aspecto já abordado em comentário anterior (nota 111 ao art. 70) de que, considerando-se o concurso formal e o crime continuado expressões do sistema da exasperação da pena (conforme nota 101-D ao art. 69), logo, benefícios ao réu, não poderia jamais a pena estabelecida em virtude do crime continuado, ainda que na forma qualificada exposta no parágrafo único do art. 71, ultrapassar aquela que seria cabível se o juiz utilizasse o concurso material. Exemplificando: se o réu responde por dois homicídios qualificados em continuidade delitiva, não pode o magistrado, ainda que o art. 71, parágrafo único, permita, aplicar a pena de um deles (12 anos, que é o mínimo), triplicando-a (36 anos), pois, usando o concurso material, a pena seria fixada em 24 anos. Logo, quando se tratar de crime continuado qualificado ou específico, o julgador deve estar atento à regra do art. 70, parágrafo único, chamada de *concurso material benéfico*. Por outro lado, a referência ao art. 75 não tem qualquer expressão prática para a aplicação da pena, cumprindo apenas o papel de recordar que, a despeito de ser fixada uma pena superior a trinta anos de reclusão, por conta da regra do art. 71, parágrafo único, o condenado somente cumprirá trinta, em virtude do teto estabelecido no *caput* do mencionado art. 75. Nem se poderia entender de outra forma, uma vez que o disposto nos arts. 69, 70 e 71 diz respeito à individualização da pena, ou seja, a escolha do montante concreto dentre o mínimo e o máximo propostos pelo legislador, enquanto o art. 75 insere-se no contexto da execução penal, demonstrando que há um limite para o cumprimento das penas e que, para tal fim, deve haver unificação. Sugerir que o crime continuado qualificado, em face da menção ao art. 75, não poderia jamais suportar pena superior a trinta anos, quando da fixação, seria es-

vaziar o conteúdo do previsto no art. 71, parágrafo único, que demanda maior rigor do magistrado justamente porque o agente cometeu delitos dolosos e violentos contra a pessoa, possibilitando-lhe até triplicar a pena. Se existisse o teto de 30 anos para a individualização judiciária, um indivíduo que cometesse, v.g., quatro latrocínios em continuidade delitiva receberia no máximo 30 anos, quando, na verdade, o que se pode esperar é uma pena de até 60 anos (triplo de 20) – sem fugir à norma do art. 70, parágrafo único (concurso material benéfico), já que, fosse aplicado o concurso material, a pena atingiria no mínimo 80 anos. Em suma, em outras palavras, o autor dos quatro latrocínios em continuidade delitiva pode ser apenado pelo juiz, caso as condições específicas do art. 71, parágrafo único, estejam preenchidas, a até 60 anos (levando-se em conta o mínimo de 20 anos, somente para ilustrar), sem que se rompa a regra do concurso material benéfico (afinal, usada a regra do art. 69, a pena poderia atingir 80 anos).

Multas no concurso de crimes

Art. 72. No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.¹²⁸

128. Controvérsia: há duas posições nesse contexto: a) em caso de concurso material, concurso formal ou crime continuado, o juiz deve aplicar todas as multas cabíveis somadas (conforme Fragoso, ob. cit., p. 353). Ex.: quatro furtos foram praticados em continuidade delitiva. Pode o juiz estabelecer a pena de 1 ano aumentada da metade (privativa de liberdade), mas terá de somar quatro multas de, pelo menos, 10 dias-multa cada uma; b) ensina Paulo José da Costa Júnior que o art. 72 é inaplicável ao crime continuado, pois nessa hipótese

“não há concurso de crimes mas crime único, e, desta forma, em paralelismo com a pena privativa de liberdade, a unificação deve atingir também a pena de multa” (*Comentários ao Código Penal*, p. 248). E ainda: TACRIM/SP [atual TJSP]: “Deferida a unificação de penas, deve ser aplicado à sanção pecuniária o disposto no art. 71 do CP, pois a incidência do art. 72, do mesmo Diploma, constituiria flagrante contradição e injustiça” (Rev. 342.044-9, 5.º Grupo de Câmaras, rel. Breno Guimarães, 20.10.1999, *RJTACRIM* 45/440). Segundo nos parece, melhor refletindo sobre o tema, a razão está com Paulo José da Costa Júnior, uma vez que, valendo-se da teoria da ficção, criou o legislador um verdadeiro crime único no caso do delito continuado. Assim, não há concurso de crimes, mas um só delito em continuação, motivo pelo qual a pena de multa também será única com o acréscimo legal.

Erro na execução¹²⁹

Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3.º do art. 20 deste Código.¹³⁰⁻¹³¹ No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.¹³²⁻¹³³

129. Conceito de erro na execução (*aberratio ictus*): é o desvio no ataque, quanto à “pessoa-objeto” do crime (cf. Paulo José da Costa Jr., *O crime aberrante*, p. 26). Em vez de atingir a pessoa visada, alcança pessoa diversa, porque a agressão esquivou-se do alvo original. Não se altera, no entanto, o *nomen juris* do crime (ex.: se o agente atira em A para matar, atingindo

fatalmente B, termina por cometer homicídio consumado), pois a alteração da vítima não abala a natureza do fato. Na realidade, o que se efetiva nos casos de desvio no ataque é um *aproveitamento do dolo*, pois o objeto visado não se altera, incidindo a mesma tipicidade básica, apenas adaptada às circunstâncias específicas da vítima virtual. Em outras palavras, o erro na execução envolve somente pessoas, motivo pelo qual se o agente queria matar A e termina matando B, para a configuração do tipo básico de homicídio (matar *alguém*) é indiferente. Logo, resta fazer a adaptação das condições e circunstâncias pessoais da pessoa desejada e não da efetivamente atingida, como se operássemos uma troca de identidade.

130. Tipos de *aberratio ictus* (art. 73 do Código Penal): são duas *as modalidades* de erro na execução: a) *aberratio com resultado único*, chamada de *unidade simples*, prevista na 1.^a parte do art. 73; b) *aberratio com resultado duplo*, chamada de *unidade complexa*, prevista na 2.^a parte do art. 73. No primeiro caso (unidade simples), o agente, em vez de atingir a vítima desejada, alcança terceiro não visado. Aplica-se a regra do art. 20, § 3.^o, do Código Penal, ou seja, levam-se em consideração as qualidades da vítima almejada. Assim, se a vítima atingida e morta for pai do agente, não responderá este por parricídio; ao contrário, se a vítima virtual, mas não alcançada, for pai do agente, embora tenha este matado pessoa diversa, há parricídio. Apesar de se aplicar o art. 20, § 3.^o, a *aberratio ictus* não se confunde com o erro quanto à pessoa. Este caso diz respeito ao agente que erra quanto à identidade da vítima: pensa estar vendo Caio, quando na realidade trata-se de Mélvio; diante dessa confusão, termina atingindo Mélvio. O erro na execução, por sua vez, tem outra conotação. O agente está vendo, com certeza, Caio e atira nele, errando o tiro, que atinge

Mélvio. Portanto, apesar de a solução ser a mesma, são duas hipóteses diversas. No segundo caso (unidade complexa), o agente atinge não somente a vítima desejada, mas também terceiro não visado. Responde pela regra do art. 70 (concurso formal). Lembre-se que, neste caso, vale o que já foi mencionado acerca de o concurso formal ser perfeito ou imperfeito.

131. Situações possíveis: a) A atira em B para matar, mas acerta fatalmente em C = homicídio doloso consumado como se fosse contra B; b) A atira em B para matar e termina atingindo fatalmente B e C = homicídio doloso em concurso formal; c) A atira em B para matar e termina ferindo C = tentativa de homicídio contra B, como se a lesão de C fosse a da vítima desejada; d) A atira em B para matar e termina ferindo B e C = tentativa de homicídio contra B em concurso formal; e) A atira em B para matar, ferindo-o, mas termina matando C = homicídio consumado contra B em concurso formal. Defendíamos, anteriormente, a punição de A somente por um homicídio consumado contra B. A lesão corporal ficaria absorvida. Alteramos nosso entendimento, inclusive para estar de acordo com a defesa que fizemos da responsabilidade penal objetiva no caso de *aberratio ictus* (vide item 132 abaixo). Se há dois resultados, querendo ou não o agente atingir mais de um, deve responder por ambos. Assim, a regra do art. 73 fica bem aplicada, quando o agente atinge quem não desejava (1.^a parte), respondendo como se tivesse atingido a vítima almejada, bem como, em concurso formal (2.^a parte), quando atinge também a pessoa que pretendia. Nessa ótica, conferir Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 254; *Crime aberrante*, p. 28; f) A atira em B para matar, fazendo-o, mas também fere C = homicídio consumado contra B em concurso formal.

132. Responsabilidade penal objetiva na *aberratio ictus*: diz a lei, expressamente, que o desvio no ataque pode ocorrer por *acidente* ou por *erro*, bastando para responsabilizar o agente a existência de nexo causal. Esta é, pois, outra hipótese de responsabilidade penal objetiva constante no Código Penal. É certo que alguns penalistas sustentam não existir possibilidade de haver responsabilidade penal sem dolo e sem culpa, de modo que o resultado não desejado pelo agente somente a ele pode ser debitado caso tenha agido, no mínimo, com culpa. Não é esta, no entanto, a previsão legal, nem a aplicação que costumeiramente se encontra na jurisprudência. Análise de um exemplo: ao desferir o tiro, alguém esbarra no braço do agente, causando o desvio no ataque (citação de Damásio, *Código Penal anotado*, p. 189). Imagine-se que o tiro, por conta disso, atinja não só a vítima visada, mas também outra pessoa que passava pelo local. Haverá concurso formal, sem que se possa falar em culpa no tocante ao segundo resultado. Afinal, como poderia o agente prever o esbarrão em seu braço? No sentido de ser apenas responsabilidade objetiva pelo segundo evento está o posicionamento da doutrina majoritária na Itália, como ensina Delitala (*Scritti di diritto penale*, v. 1, p. 515). No Brasil: “Sob o ângulo da responsabilidade objetiva, a diferença entre a hipótese contida na segunda parte do art. 73 e aquela descrita pelo art. 74 é bem menor. E isto porque, na sistemática do Código de 1984, para que o agente responda pela consequência não desejada, basta a mera relação de causalidade material” (Paulo José da Costa Júnior, *O crime aberrante*, p. 27). Ver, ainda, tratando especificamente da *aberratio delicti*, as lições de Boscarelli, *Compendio di diritto penale – Parte generale*, p. 169; Santaniello e Maruotti, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, p. 401.

133. Dolo eventual quanto ao segundo resultado: mantém-se o concurso formal. Nesse prisma: “O *dolo eventual* emergente da *aberratio ictus* não enseja por si só a existência de um *concurso material de crimes*, pois enquanto neste exige-se que o agente desenvolva desígnios autônomos em relação aos crimes alcançados, naquele o agente responde em concurso formal pelo resultado doloso alcançado por excesso ou erro na execução, já que, embora não o desejando, assume o risco de produzi-lo. *Inexistindo desígnios autônomos no agir do acusado, é de admitir-se, em face das peculiaridades do caso, a pena do crime mais grave, aumentada da metade, ex vi do art. 70 do CP*. Embora vários tiros tenham sido disparados contra a vítima, apenas uma ação foi desenvolvida pelo agente, de sorte que há de constatar-se que a ação foi desdobrada em vários atos distintos integrados a uma mesma conduta, a induzir de forma inapelável o reconhecimento do concurso formal de crimes” (TJDF, AC 16.314/96, 1.ª T., rel. Pedro Aurélio Rosa de Farias, 22.08.1996, v. u., RT 735/647, grifamos). Idem: TJSP: AC 203.737-SP, 3.ª C., rel. Gonçalves Nogueira, 28.05.1996, v. u.

Resultado diverso do pretendido¹³⁴

Art. 74. Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposos; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.¹³⁵

134. Conceito de resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis* ou *aberratio delicti*): trata-se do desvio do crime, ou seja, do objeto jurídico do delito. O agente, objetivando um determinado resultado, termina atingindo resultado

diverso do pretendido. Ex.: Tício, tendo por fim atingir Caio, vendedor de uma loja, atira uma pedra contra sua pessoa. Em lugar de alcançar a vítima, termina despedaçando a vitrine do estabelecimento comercial. Portanto, em lugar de uma lesão corporal, acaba praticando um dano. O agente responde pelo resultado diverso do pretendido somente por culpa, se for previsto como delito culposos (art. 74, 1.^a parte, CP). No exemplo supracitado, Tício não responderia por crime de dano, por inexistir a figura culposa. Entretanto, se tentando quebrar a vitrine da loja, contra a qual atira uma pedra, termina atingindo uma pessoa, responderá o agente pela lesão culposa causada. Quando o agente alcançar o resultado almejado e também resultado diverso do pretendido, responderá pela regra do concurso formal (art. 74, 2.^a parte, CP). Devemos salientar que a hipótese do art. 74 também é um erro na execução, embora tenha outra denominação jurídica (diversa da constante do art. 73) pelo fato de não ser possível o *aproveitamento do dolo*, o que é consequência natural da alteração do objeto, com mudança da tipicidade. Note-se que, ao desviar-se no ataque contra determinada pessoa, atingindo pessoa diversa, não há problema algum em punir o agente *como se tivesse atingido* a vítima desejada (art. 73). Mas, por outro ângulo, seria totalmente inviável punir o autor de um disparo de arma de fogo contra um animal que, por erro na execução, termine atingindo ser humano, com base na mesma tipicidade. O dolo de matar animal permite a configuração do tipo penal descrito no art. 29 da Lei 9.605/98, mas o dolo de matar alguém forma a tipicidade do art. 121 do Código Penal. Por tal razão, o que vislumbrou o legislador foi a possibilidade de punir o sujeito que atira em um animal, mas acerta em ser humano, por culpa, já que o desvio não foi proposital mas fruto da

sua imprudência, negligência ou imperícia. Enfim, o que se pretende demonstrar é a particular situação esboçada no art. 74, vale dizer, quando o erro no ataque envolver pessoas e coisas, pessoas e animais ou coisas e animais, torna-se impossível aproveitar o dolo quanto ao objeto buscado, valendo punir então pela remanescente figura culposa. Logicamente, quando viável, pode-se punir o concurso formal concretizado, visto que, além do dolo, emerge a culpa. Conferir as situações possíveis na próxima nota.

135. Situações possíveis: a) A atira em B para matar e acerta no carro de C = tentativa branca de homicídio contra B (não há dano culposos no tocante ao patrimônio particular, conforme art. 163, CP). Entretanto, se, ao atirar contra B, o disparo atingir bem protegido por lei, resguardando-se o patrimônio histórico (art. 62 da Lei 9.605/98), torna-se possível o concurso formal, uma vez que há a forma culposa (art. 62, parágrafo único, da referida Lei); b) A atira em B para matar, conseguindo, mas acerta também o carro de C = homicídio consumado (não há dano culposos, como já exposto). Eventualmente, se atingir bem protegido por lei, pode dar-se o concurso formal; c) A atira uma pedra no veículo pertencente a C, danificando-o, mas acerta também em B = dano doloso + lesão culposa (em concurso formal); d) A, caçador, atira em animal da fauna silvestre, erra por pouco e termina acertando em B = cuida-se de tentativa de crime contra a fauna (art. 29, Lei 9.605/98) em concurso formal com a lesão culposa provocada em B. Há quem defenda nesta hipótese a “fiel aplicação do art. 74”, motivo pelo qual deveria o agente ser punido somente pela lesão culposa. O fundamento seria a redação da norma que diz: “se *ocorre também o resultado* pretendido, aplica-se a regra do art. 70” (grifamos). Por isso, não teria ocorrido *também* a morte do animal para haver o concurso formal.

Ora, a tentativa de um crime é um resultado jurídico relevante, tanto que é punível. Assim, se matar animal da fauna silvestre é crime relevante, cuja pena mínima, tratando-se de caçador profissional, é de seis meses a um ano de detenção, e multa (art. 29, § 5.º, Lei 9.605/98), a tentativa merece ser considerada. E mais: é preciso ponderar que a lesão culposa (pena mínima de detenção de dois meses) não pode simplesmente absorver o delito mais grave, onde emergiu o dolo. Alterando posicionamento anterior, passamos a sustentar a viabilidade de punição dos dois fatos típicos gerados em concurso formal; e) A atira no carro de C e erra, quase atingindo B = tentativa de dano apenas, tendo em vista que não existe tentativa de crime culposos.

Limite das penas

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.^{136-137-A}

§ 1.º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas^{137-B} para atender ao limite máximo deste artigo.^{138-138-B}

§ 2.º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.¹³⁹⁻¹⁴⁰

136. Fundamento para o limite das penas, visão crítica e soluções para a conversão da pena em medida de segurança durante o cumprimento: estabelece o art. 5.º, XLVII, da Constituição Federal que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e)

cruéis”. Sob tal prisma, há duas razões principais para a existência do art. 75 do Código Penal: 1.ª) tendo em vista que a Constituição proíbe, explicitamente, a pena de *caráter perpétuo*, não haveria possibilidade lógica para a aceitação da soma infinita de penas, pois conduziria o sentenciado a passar o resto da vida preso. Imagine-se a hipótese – nem um pouco irreal – do indivíduo que praticasse mais de trinta homicídios e latrocínios: seria condenado, infalivelmente, a uma pena que ultrapassaria 300 anos, se em concurso material. Estaria nesse caso fadado a passar toda a sua existência no cárcere, não fosse a existência do limite das penas; 2.ª) levando em consideração ter a Constituição adotado o princípio da humanidade, como já explicitamos nos comentários ao art. 32, não haveria senso encarcerar alguém para o resto da vida, sem qualquer esperança de um dia poder ser colocado em liberdade. Seria considerada uma medida desumana. Assim explicam Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo: “Uma vez que a Constituição Federal proíbe a *prisão perpétua*, era corolário que no Código Penal se fixasse o prazo máximo do *tempo de cumprimento*. Se o condenado não obtiver o livramento condicional e perfizer trinta anos de cumprimento de pena, é de ser posto em liberdade. Uma das condições para preservação da identidade moral do condenado, com positivas repercussões na disciplina carcerária, está na possibilidade de vislumbrar a liberdade. Daí fixar-se um limite no tempo de cumprimento, mesmo porque o encarceramento por mais de quinze ou vinte anos destrói por completo o homem, tornando-o inadequado à vida livre”. Com a devida vênia, pode-se objetar a tais razões. Em que pese ser, de fato, desumano encarcerar alguém por mais de trinta anos, não é menos verdade que o agente merecedor de penas elevadíssimas – incapacitando-o de receber

os benefícios da execução penal antes dos 30 anos – destratou o ser humano, não teve o menor cuidado em preservar os direitos e os valores da sociedade onde vive, nem tampouco agiu com *humanidade* ao fazer tantas vítimas. Não é uma questão de vingança mantê-lo no cárcere por 30 anos ou mais, mas um fator de segurança para a comunidade. Os próprios autores supracitados reconhecem que o encarcerado por mais de “quinze ou vinte anos” seria um homem inadequado à vida livre. Ora, se assim é, o sistema está sendo ilógico. Por um lado, considera o princípio da humanidade para soltar o delinqüente persistente quando atingir 30 anos de cumprimento de pena, mas, por outro, não considera o número de vítimas que ele tenha atingido, nem mesmo se pessoa desse naipe está capacitada à volta ao convívio social. Melhor teria sido, nesses casos extremos, a adoção de uma medida qualquer permitindo que ele saia da cadeia ao atingir tal limite (ou até antes), mas sem extinguir a sua pena elevada; ao contrário, mereceria receber, por exemplo, um livramento condicional especial, continuando em observação e podendo retornar ao cárcere caso demonstre sua inaptidão para a vida livre. História real que se pode mencionar – sem sucesso na recuperação, frise-se – foi a soltura do famoso “Bandido da Luz Vermelha”, em São Paulo, que, em 1997, atingiu 30 anos de uma pena de mais de 300 e foi colocado em liberdade. Inadaptado, sem assistência do Estado e mesmo da família, terminou assassinado, embora também pudesse ter cometido, antes disso, um crime contra algum inocente. Para evitar a soltura de tais delinqüentes, por vezes o Ministério Público tem alegado que o condenado tornou-se insano durante a execução da pena, merecendo, pois, a conversão da sua pena em medida de segurança. Se isso fosse feito, poderia permanecer detido indefinida-

mente, até que a periculosidade cessasse. Em que pese defendermos melhor solução para os casos de criminosos com penas muito elevadas, não nos parece ser essa a solução tecnicamente correta, pois o sistema do duplo binário (aplicação de pena e medida de segurança) foi abolido na Reforma Penal de 1984, de modo que qualquer tentativa de trazê-lo de volta, mesmo que camufladamente, é indevida. Se o réu foi considerado imputável na época dos seus delitos e, por conta disso, recebeu pena – e não medida de segurança –, não tem cabimento operar a transformação somente para segurá-lo preso. É verdade que o art. 183 da Lei de Execução Penal (“Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”) prevê tal possibilidade, embora, nesse caso, deva a conversão para medida de segurança obedecer o restante da pena fixada ou, no máximo, o limite de 30 anos, que é o teto para o cumprimento de qualquer pena no Brasil. Depois disso, é questão de saúde pública e deve ser resolvida civilmente. Nesse enfoque: TJSP: “Se o Estado se mostrou impotente para recuperar o réu e devolvê-lo à sociedade como um cidadão útil e prestante nesses 30 anos de reclusão, não seria de direito e justo que pretendesse mantê-lo segregado, sem ter meios para regenerá-lo, após o cumprimento de sua pena afliitiva e depois de já pago o seu débito para com a Justiça” (o acórdão recomenda que o Ministério Público aja na esfera cível – Ag 249.231-3-SP, 4.^a C., rel. Hélio de Freitas, 16.06.1998, v. u.). E mais: se a pena foi transformada em medida de segurança e, algum tempo depois, o condenado melhorou, deve ser reconvertida à sanção original. Exemplo: alguém é con-

denado a 20 anos de reclusão por latrocínio. Após 5 anos adoece mentalmente. Transformada sua pena em medida de segurança é natural que, se dois anos depois curar-se, deva retornar ao cárcere para findar o tempo restante, ou seja, 13 anos. A matéria, no entanto, é controversa. Enquanto posições jurisprudenciais e doutrinárias assim entendem, há opiniões em sentido contrário, sustentando que a medida de segurança torna-se indefinida, ou seja, uma vez feita a conversão, somente quando cessar o estado de periculosidade pode o condenado ser liberado (Mirabete, *Execução penal*, p. 413). Ademais, nem todo condenado a penas elevadas é acometido de doença mental, justificando a referida conversão, e, ainda assim, precisaria ser controlado ao sair da prisão, porque perigoso não deixou de ser. Outro caso de condenado que atingiu os 30 anos, mas foi mantido preso, no Estado de São Paulo, é o do também conhecido “Chico Picadinho”, interditado *civilmente* pela Justiça (o Ministério Público ajuizou ação de interdição – Proc. 648/98 –, que tramitou na 2.^a Vara Cível de Taubaté, com base no Decreto 24.559/34, contra o acusado, alegando que não pode ser colocado em liberdade, pois é detentor de personalidade psicopática de tipo complexo: em face de sua loucura furiosa, deve ser mantido em regime de internação fechada). A solução encontrada nesse caso, pelo menos, foi tecnicamente correta, embora o lugar onde ele está internado não poderia ser exatamente o mesmo onde passou os últimos 30 anos da sanção penal. Se assim for, de nada adiantou substituir a pena, que foi extinta, pela internação civil. Mas, tais resultados somente demonstram ainda mais a incapacidade do sistema penal para lidar com perigosos delinquentes. Ensina Sérgio de Oliveira Médici, criticando tal situação: “Um dos exemplos mais notáveis da falta de um sistema penal está na questão dos

condenados reconhecidamente perigosos para a sociedade. Desde a reforma do Código Penal, em 1984, não se impõe medida de segurança ao condenado imputável, ainda que evidente a sua periculosidade. (...) Num passe de mágica, o legislador de 1984 praticamente baniu a periculosidade do Código Penal. (...) Assim, ao invés de melhorar o sistema, que realmente funcionava mal, o legislador simplesmente proibiu a medida de segurança ao imputável perigoso. E não criou nenhum mecanismo substitutivo para proteger a sociedade dos condenados que não demonstram condições de retornar à vida em liberdade”. E cuidando do caso que enfocamos acima, diz que “a criatividade jurídica às vezes encontra soluções inesperadas. Para evitar a libertação do homicida conhecido por ‘Chico Picadinho’, face à aproximação do término da execução da pena privativa de liberdade, promotores de justiça da Capital (SP) pediram socorro ao Direito Civil: ajuizaram ação de interdição e, cautelarmente, requereram e obtiveram a internação judicial do homicida em casa de custódia e tratamento. (...) A solução encontrada para o caso ‘Chico Picadinho’, ao que parece, poderá ser adotada em situações semelhantes. Pelo menos até o aparecimento de uma nova lei que também proíba a internação civil dos condenados que já cumpriram pena criminal. Aí, quem sabe, os penalistas solicitarão socorro ao Direito Comercial, depois ao Direito do Trabalho, ao Direito Tributário...” (*Penalistas pedem socorro ao direito civil*, p. 6). Insistimos: ainda que não fossem tais pessoas mantidas para sempre na prisão, seria preciso adotar medidas alternativas de vigilância e acompanhamento, e não simplesmente libertar quem estaria “inapto para a vida livre”. Além disso, outro argumento que se pode lançar diz respeito à prisão perpétua. Desumana poderia ser considerada tal penalidade caso fosse apli-

cada, como em alguns sistemas penais alienígenas, pela prática de um ou dois delitos. Note-se o exemplo do Código Penal do Alabama (EUA), que define o *crime capital* como sendo a infração penal sujeita à pena de morte ou à pena de prisão perpétua, sem condicional (art. 13A-5-39). No art. 13A-5-40 são definidos os crimes sujeitos à pena de prisão perpétua. Exemplos: homicídio praticado durante um seqüestro ou durante um roubo, bem como homicídio de menor de 14 anos. Assim, por um único delito, pode o réu ser condenado à morte ou à prisão perpétua. No Brasil, inexistente tal forma de punição e esta nos parece ter sido a intenção do constituinte. Para que alguém fique preso eternamente, não houvesse o art. 75, seria preciso a prática de inúmeros delitos gravíssimos, de forma que as penas seriam apenas consequência dessa persistência na senda do crime, e não uma pena única de caráter perpétuo. Pior que cumprir mais de 30 anos no cárcere por condenações bastante elevadas (200, 300, 400 anos...) é prever para um único delito, como é o caso do seqüestro com morte, a pena *mínima* de 24 anos, em regime inicial fechado, com possibilidade de livramento condicional ao atingir, pelo menos, 16 anos, se não for reincidente específico. Deve o legislador buscar desde logo soluções alternativas e imediatas, antes que vários condenados reconhecidamente perigosos deixem o cárcere, façam novas vítimas e, aí sim, pressionados pela opinião pública e pelo bom-senso os parlamentares alterem as normas penais. E se o fizerem de maneira urgente – o que significa logo após o acontecimento de uma tragédia – não haverá tempo suficiente para a curial reflexão que as modificações do Código Penal exigem. Outras considerações sobre o tema podem ser encontradas em nossa obra *Individualização da pena*.

137. Tempo máximo de cumprimento de penas na Lei das Contravenções Penais: é de 5 anos (art. 10).

137-A. Tempo máximo de cumprimento de medida de segurança: ver a nota 8 ao art. 97.

137-B. Unificação das penas: *unificar* significa transformar várias coisas em uma só. Quando se fala em *unificação das penas*, referimo-nos à possibilidade legal que o juiz das execuções penais tem de transformar várias penas (vários títulos executivos, portanto) em uma única. Essa providência se dá, fundamentalmente, para atender razões de adequação típica ou por motivo de política criminal do Estado. No primeiro caso, estamos diante do crime continuado. Não verificado a tempo que o réu realizou vários estelionatos, por exemplo, em circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução semelhantes (art. 71, CP), mas somente quando as várias penas, aplicadas por juízes diferentes, chegaram para ser executadas pelo juízo universal da execução, cabe ao magistrado unificá-las, aplicando a mais grave delas, com a exasperação de um sexto a dois terços. No segundo caso, estamos cuidando do previsto neste artigo, ou seja, para evitar a prisão de caráter perpétuo, seguindo política criminal do Estado, fixou-se o teto de 30 anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade. Dessa forma, cabe também a unificação para tal finalidade, como veremos na nota 138.

138. Unificação das penas em 30 anos: o condenado tem direito à unificação de sua pena em 30 anos, como estipula o § 1.º do art. 75. A unificação, portanto, será realizada apenas e tão-somente para efeito de cumprimento da pena; aliás, é esse o objeto fixado no *caput*: “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade

não pode ser superior a 30 (trinta) anos” (grifamos). Quanto aos benefícios (progressão, livramento condicional, remição etc.); serão todos calculados sobre o total de sua condenação. É a *posição consagrada e predominante na jurisprudência*: a matéria está hoje sumulada pelo STF (Súmula 715): “A pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”. E ainda: STF: “A Turma aplicou a orientação firmada no Enunciado 715 da Súmula do STF (...) e indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado a 42 anos de reclusão pela prática do crime de latrocínio (2 vezes) em que se pretendia a realização de novos cálculos pelo juiz da execução, considerando a pena unificada, para fins de obtenção do benefício de livramento condicional” (HC 84.443-RJ, 2.^a T., rel. Gilmar Mendes, 09.11.2004, *Informativo* 369). Idem: “A norma do art. 75 do CP refere-se ao tempo de efetivo encarceramento, trinta anos. Esse limite não constitui, porém, parâmetro para a concessão de benefícios da execução, como a progressão para o regime prisional semi-aberto ou o livramento condicional” (HC 75.341-SP, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 10.06.1997, m. v., *DJ* 15.08.1997, *RT* 748/561); “Livramento condicional – Indeferimento – Pedido formulado após obtida pelo sentenciado a unificação de suas penas a 30 anos de reclusão – Unificação que não se presta à aferição do requisito temporal do benefício em questão – Nulidade inexistente – Inteligência do art. 75 do CP” (*RT* 611/455). STJ: “O limite máximo de 30 anos, previsto no art. 75, *caput*, do CP, atém-se tão-somente ao efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade pelo sentenciado, não servindo como parâmetro para a concessão dos benefícios previstos em

lei, que permanecem regulados pelo total da pena imposta ao recluso antes de operada a unificação, prevista no § 1.^o do artigo em epígrafe” (HC 9.880-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 03.08.1999, v. u., *DJ* 13.09.1999, *RT* 772/552, citando vários precedentes, inclusive do STF). Idem: STJ: HC 11.056-RJ, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 14.11.2000, v. u., *DJ* 26.03.2001, p. 474. TACRIM/SP [atual TJSP]: AgExec I.198.127-1, 11.^a C., rel. Wilson Barreira, 08.05.2000, v. u., *RT* 781/612. TAPR: HC 160564900, Curitiba, 4.^a C., rel. Campos Marques, 31.08.2000, publicação de 15.09.2000, acórdão 6.134. Na doutrina, são adeptos dessa posição (segundo Paulo José da Costa Júnior) Heleno Fragoso, Miguel Reale Júnior e Damásio de Jesus. Aliás, o próprio Paulo José da Costa Júnior, que antes adotava outra visão, mudou de idéia e escreve: “Refletindo melhor sobre a matéria, entretanto, acabamos convencendo-nos de que, persistindo naquela exegética, conceder-se-ia um *bill* de impunidade aos condenados: respeitado o limite de trinta anos, fariam o que bem entendessem” (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 265). Permitimo-nos acrescentar também as opiniões de Cezar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal, parte geral*, 8. ed., p. 576; Rogério Greco, *Curso de direito penal, parte geral*, p. 605-606; Fernando Galvão, *Direito penal – Parte geral*, p. 626-627. Há uma *segunda posição*, no entanto, sustentando que, havendo unificação da pena, vale dizer, se várias penas forem transformadas em uma única, seria decorrência natural a aplicação dos benefícios sobre o montante unificado. Não haveria mais uma série de penas, mas sim uma só, unificada. Além do mais, de que adiantaria aplicar remição sobre uma pena de 300 anos? Ou esperar 1/3 para aplicar o livramento condicional? Por isso, os benefícios seriam calculados sobre os 30 anos (Cernicchiaro, Mirabete, Silva Franco, Delmanto – fazendo a ressalva de

que melhor seria a lei ter adotado a outra corrente—, Jair Leonardo Lopes—admitindo que a outra é a mais usada—, Pierangeli e Zaffaroni). *Correta é a primeira posição*. Se a igualdade de todos perante a lei deve ser uma máxima do direito e se a pena tem um enfoque reeducativo e exemplificativo, não teria sentido equiparar, para efeito de benefícios penais, aquele que, pelo cometimento de um único crime (sequestro com morte de menor de 14 anos, por exemplo), recebesse a pena de 30 anos e outro que, em face do cometimento de inúmeros delitos graves (homicídios, roubos, estupros, latrocínios), fosse apenado com mais de 300 anos, unificando sua pena para 30. Por um crime, 30 anos; por 30 crimes, 30 anos. Onde estaria a igualdade e o critério de justiça que necessita imperar na aplicação da pena, dando a cada um o que é seu, o que efetivamente merece? Além do mais, parece-nos clara a redação da lei: a pena será unificada para atender ao limite máximo de 30 anos, ou seja, para que alguém não fique preso por tempo superior a três décadas. Nada mais.

138-A. Oportunidade para a realização da unificação: pode ser feita desde o início do cumprimento da pena, ou seja, assim que o montante total ultrapassar os trinta anos já se pode falar em unificação—bem entendida esta para o fim único de cumprimento da pena e não em relação aos benefícios penais, como se viu na nota anterior. Conferir: TJSP: “A unificação da pena de que trata o artigo 75, § 1.º, do Código Penal, pode ser requerida desde o início da vida prisional, uma vez definitivamente superado o patamar máximo que a lei considera admissível para o aprisionamento do indivíduo, sendo, portanto, desnecessário o adiamento para o momento em que os trinta anos estejam cumpridos ou prestes a sê-lo” (Ag 350.080-3/3, Presidente Prudente, 2.ª C., rel. Canguçu de Almeida, 17.03.2003, v. u., *JUBI* 84/03).

138-B. Unificação das penas e fuga do condenado: não se pode considerar, porque hipótese não prevista em lei, a fuga do condenado como um marco interruptivo do cumprimento da pena, a ponto de ensejar o desprezo do tempo já cumprido, sob o ponto de vista da unificação. Em outras palavras, havendo a unificação do montante total das penas para o limite de 30 anos, a partir daí, caso ocorra a fuga, uma vez recapturado, continuará a cumprir o restante da trintena. Somente se pode desprezar o período de pena já cumprido na hipótese prevista no § 2.º do art. 75 (sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena). Ilustrando: uma pena de 100 anos, unificada em 30, começa a ser cumprida. O condenado foge, após 10 anos. Não comete outra infração penal. Quando for recapturado, deverá cumprir mais 20 anos. Por isso, não se ignora o período de 10 anos já cumpridos. Nesse prisma: STF: “A Turma deferiu, em parte, *habeas corpus* impetrado em favor de condenado a um total de 54 anos de prisão pela prática de diversos delitos, cuja execução da pena unificada (30 anos) deveria ser iniciada a partir da data de sua recaptura, desprezando-se o período de tempo de pena por ele já cumprido. Considerou-se que a fuga do paciente não poderia configurar-se como meio interruptivo do cumprimento da pena privativa de liberdade, com a consequência de acarretar novo cômputo do período de prisão, como se houvesse perda do tempo anteriormente cumprido. No ponto, asseverou-se que o tempo de partida para a unificação seria, nessa hipótese, não a data em que o sentenciado fora recapturado, mas a época em que ele iniciara efetivamente o cumprimento das penas. Rejeitou-se, ainda, a pretensão de que os demais benefícios legais fossem calculados com base no máximo unificado, porquanto colidiria com o Enunciado da Súmula 715 do STF (*A pena*

unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução). HC parcialmente deferido para que o período de pena cumprido anteriormente à fuga do paciente seja computado para o efeito de cumprimento da pena unificada” (HC 84766/SP, 2.ª T., rel. Celso de Mello, 11.09.2007, Informativo 479).

139. Modo de unificação: para que o limite de cumprimento de penas (30 anos) não tornasse o sentenciado imune a qualquer outra condenação advinda durante a execução de sua pena, o legislador estabeleceu que, “sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”. Assim, temos o seguinte: a) nova condenação por fato anterior ao início do cumprimento da pena deve ser lançada no montante total já unificado, sem qualquer alteração; b) nova condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena deve ser lançada na pena unificada, desprezando-se o tempo já cumprido. Se for o caso (ultrapassar 30 anos), far-se-á nova unificação. Além disso, lança-se, também, no montante total, para efeito de cálculo dos benefícios. Exemplo da primeira situação: réu condenado a 300 anos recebe nova pena de 20 anos por crime cometido anteriormente ao início do cumprimento da pena. Lança-se esse *quantum* no cômputo geral, totalizando agora 320 anos, sem fazer nova unificação. Se o sentenciado entrou na cadeia no dia 10 de março de 1960, sairá da prisão no dia 9 de março de 1990. Com 300 ou 320 anos, o tempo máximo de cumprimento da pena não se altera. Exemplo da segunda situação: réu condenado a 300 anos, com pena unificada em 30, tendo cumprido 10 anos, comete novo crime no interior do presídio.

Condenado a 25 anos, esse *quantum* é lançado na pena unificada, desprezando-se o tempo já cumprido: de 30 anos, cumpriu 10, período que é desprezado; portanto, aos 20 anos faltantes para terminar a pena adicionam-se os novos 25, totalizando agora 45. Deve-se fazer nova unificação, porque o montante (45) ultrapassou o limite de 30 anos. Isso significa que, tendo começado inicialmente a cumprir a pena em 10 de março de 1960, deveria sair em 9 de março de 1990; ocorre que em 1970 recebeu mais 25 anos, que, somados aos 20 restantes, tornaram-se 45, unificados novamente em 30. Sairá da cadeia, agora, somente no ano 2000. O sistema adotado pelo Código Penal é ineficaz caso o sentenciado cometa o crime logo após o início do cumprimento de sua pena. Se a pena de 300 anos, unificada em 30 (início em março de 1960 e término em março de 1990), receber nova condenação de 20 anos, por exemplo, logo no início do cumprimento da pena, por fato posterior ao início desse cumprimento, será praticamente inútil. Recebendo 20 anos em março de 1965, terminará a pena em março de 1995. Logo, por uma pena de 20 anos, o condenado cumprirá efetivamente, a mais, somente 5 anos. Conferir: STF: “O cometimento de novos delitos, durante o livramento condicional, enseja a realização de nova unificação, para efeito de incidência do limite máximo de 30 anos para o cumprimento da pena, desprezando-se o tempo de pena já cumprido, nos termos do disposto no art. 75, § 2.º, do CP. Com base nesse entendimento, a Turma, preliminarmente, tendo em vista a ausência de pronunciamento do STJ sobre determinados temas, conheceu, em parte, de *habeas corpus* no qual paciente – que praticara novos crimes durante livramento condicional – pleiteava a expedição de alvará de soltura, sob a alegação de que já cumprira a pena em seu limite máximo de 30 anos. No mérito, indeferiu o *writ* ao

entendimento de que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a ordem jurídica (CP, 'art. 75. *O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (...)* § 2.º Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido')" (HC 88402/SP, 1.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, 14.11.2006, *Informativo* 448). STJ: "1. Para fins de observância do limite trintenário, havendo nova condenação por crime cometido após o início do cumprimento da reprimenda, outra unificação das penas deve ser realizada desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido. Inteligência do art. 75, § 2.º do CP. (Precedentes do STJ e STF). 2. *Habeas Corpus* denegado, em conformidade com o parecer ministerial." (HC 87.823-SP, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 18.12.2007, v. u.).

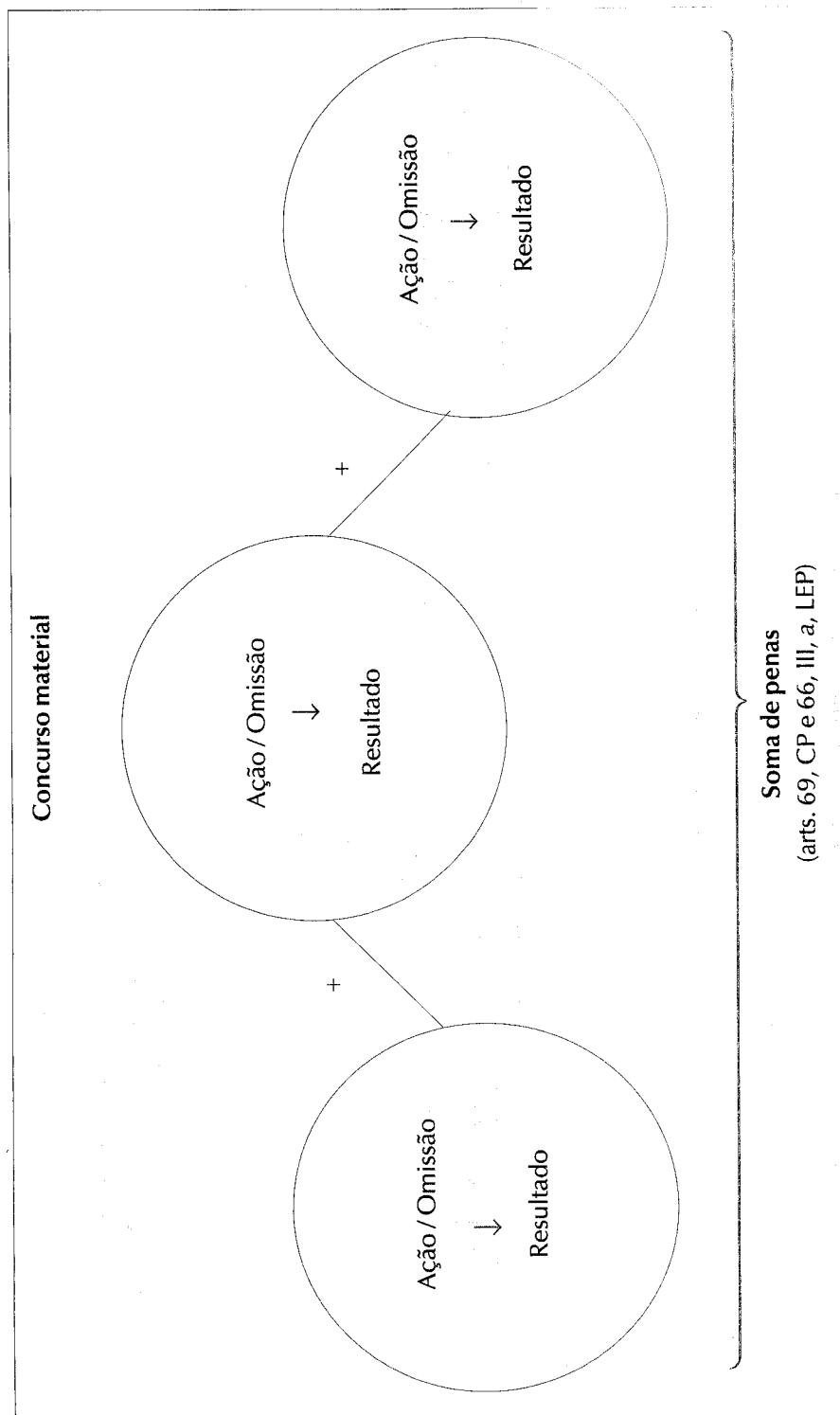
140. Competência para a unificação das penas: juízo das execuções penais (art. 66, III, *a*, LEP).

Concurso de infrações

Art. 76. No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.¹⁴¹

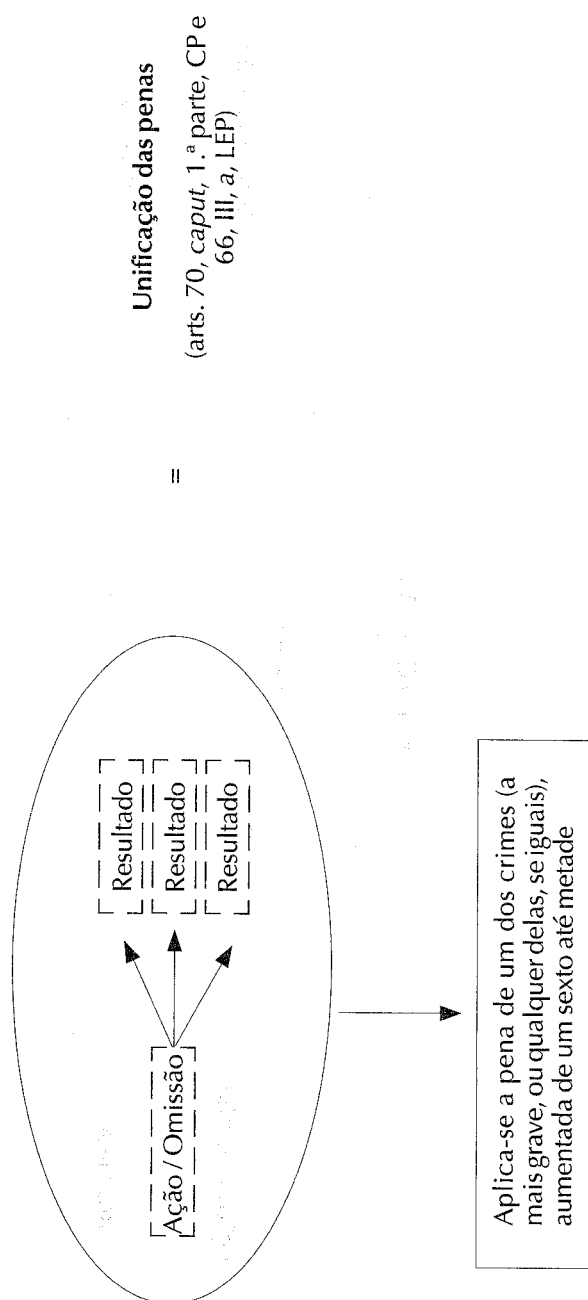
141. Cumprimento da pena mais grave em primeiro lugar: dispõe a lei penal que o condenado deve cumprir suas penas não somente de forma progressiva, mas a pena mais grave em primeiro lugar. Isso significa que, cumprida a pena de reclusão, deveria passar à de detenção. É possível que o juiz tenha estipulado na sentença condenatória, por dois crimes (um estupro e um homicídio culposo), a pena de seis anos de reclusão, em regime fechado inicial, e um ano de detenção, no regime semi-aberto. Para tanto, é preciso considerar o total de sete anos e verificar a possibilidade de progressão, para o semi-aberto, quando o condenado atingir um sexto. Embora comece pela pena mais grave (reclusão), a somatória, para efeito de progressão de regime, com a pena de detenção torna-se viável.

CONCURSO DE CRIMES

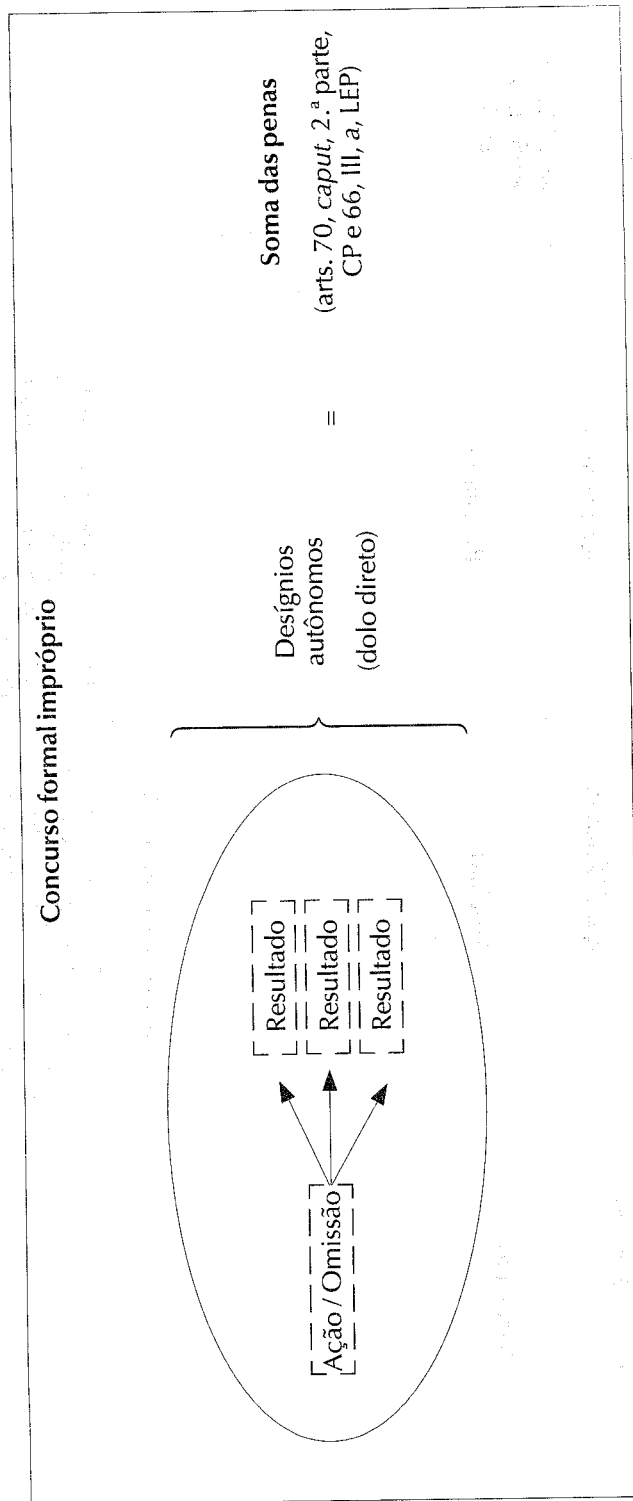


CONCURSO DE CRIMES (Continuação)

Concurso formal próprio

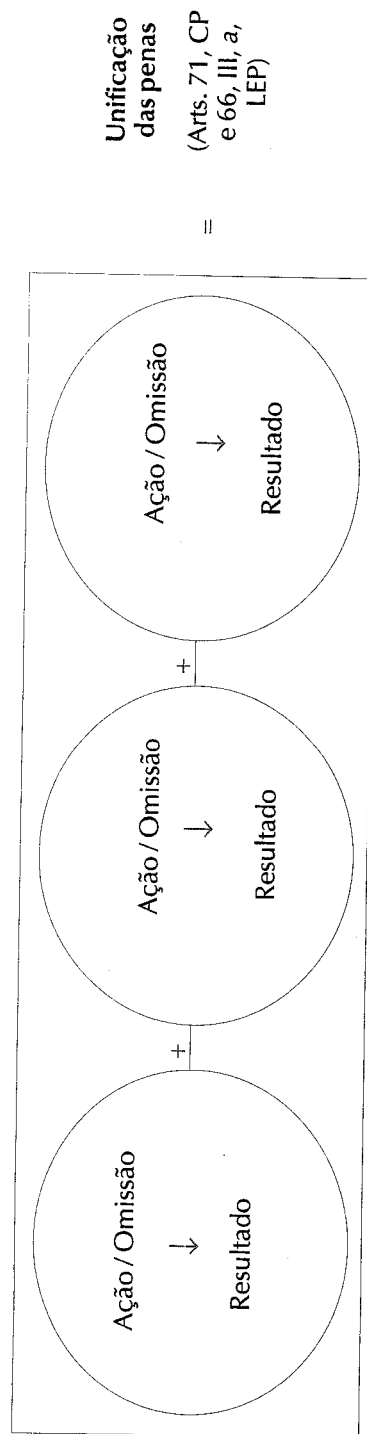


CONCURSO DE CRIMES (Continuação)



CONCURSO DE CRIMES (Continuação)

Crime continuado



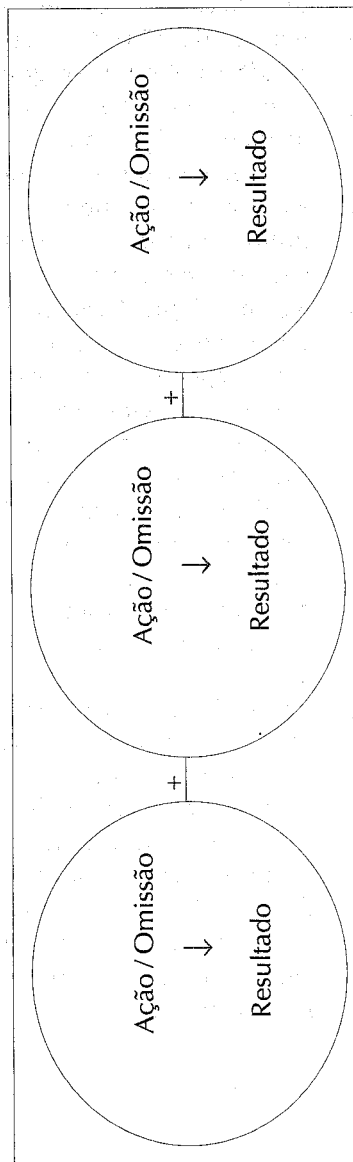
Delito único continuado

Crimes da mesma espécie, em condições de tempo, lugar e maneira de execução similares, bem como outros dados objetivos

Aplica-se uma só pena (a mais grave ou qualquer delas, se iguais), aumentada de um sexto até dois terços

CONCURSO DE CRIMES (Continuação)

Crime continuado qualificado



Unificação das
penas
(Arts. 71,
parágrafo único,
CP e 66, III, a, LEP)

=

Crime único continuado

Mesmos requisitos do art. 71, *caput*, associado à violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, em circunstâncias subjetivas especiais

Aplica-se uma só pena (a mais grave ou qualquer delas, se iguais), podendo ser aumentada até o triplo

Capítulo IV DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA¹⁻²

1. Conceito e aspectos históricos: trata-se de um instituto de política criminal, tendo por fim a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, evitando o recolhimento ao cárcere do condenado não reincidente, cuja pena não é superior a dois anos (ou quatro, se septuagenário ou enfermo), sob determinadas condições, fixadas pelo juiz, bem como dentro de um período de prova pré-definido. Historicamente, como ensina Frederico Marques, o *sursis* nasceu no Brasil por meio do Decreto 4.577, de 5 de setembro de 1922, que autorizou o Poder Executivo a instituir o benefício. “Valendo-se dessa autorização legislativa, submeteu João Luiz Alves à aprovação do Presidente da República o projeto de lei que se transformou no Decreto 16.588, de 6 de setembro de 1924, o qual, segundo seus próprios dizeres, se destinava a estabelecer ‘a condenação condicional em matéria penal’, e isto porque, adotando o sistema belga, dentro das diretrizes gerais do continente europeu, o citado decreto declarava no art. 1.º, § 2.º, que, após o prazo da suspensão da condenação, esta seria considerada inexistente” (*Tratado de direito penal*, v. 3, p. 338).

2. Natureza jurídica: controversa é a natureza jurídica do *sursis*. Pode-se mencionar a existência das seguintes posições: a) *medida de política criminal* para evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, consubstanciada numa outra forma de cumprimento de pena (voto do Min. Marco Aurélio: “O instituto do *sursis* consubstancia execução mitigada da pena” – HC 77.724-3-SP, 05.08.1998, DJU 12.08.1998, p. 3). E também: STJ: “O *sursis*, denominado, no Código Penal, ‘suspensão condicional

da pena’ (*rectius*, suspensão condicional da execução da pena), deixou de ser mero incidente da execução para tornar-se *modalidade de execução da condenação*. Livra o condenado da sanção que afeta o *status libertatis*; todavia, impõe-lhe pena menos severa, eminentemente pedagógica. O confronto do instituto na redação inicial da Parte Geral do Código Penal e a dada pela Reforma de 1984 evidencia ser a primeira mais benigna” (6.ª T., rel. Cernicchiaro, RSTJ85/379, set. 1996, grifamos); b) *pena*; c) *benefício penal ao réu*, com o caráter de direito subjetivo (“Não se diga, como costumeiramente se faz, que a suspensão é tão-só um benefício. O argumento não influi em nada na conceituação do *sursis*, pois o benefício é também um direito. Segundo Henri Capitant, o benefício é o direito atribuído a uma pessoa em caráter excepcional”, na lição de Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 341). A mais adequada, em nosso entender, para configurar o instituto da suspensão condicional da pena é a primeira. Incabível dizer que o *sursis* seja pena, pois estas estão claramente enumeradas no art. 32 do Código Penal e a suspensão é medida destinada justamente a evitar a aplicação de uma delas, a privativa de liberdade. Por outro lado, não se deve sustentar ser *apenas* um benefício, pois o *sursis* traz, sempre, condições obrigatórias, consistentes em medidas restritivas da liberdade do réu. Daí por que é mais indicado tratar o *sursis* como medida alternativa de cumprimento da pena privativa de liberdade, não deixando de ser um benefício (aliás, a própria lei fala em benefício, como se vê no art. 77, II, CP), nem tampouco uma reprimenda.

Requisitos da suspensão da pena³⁻⁴

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos,⁵⁻⁶

poderá ser suspensão, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:⁷

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;⁸

II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;⁹⁻¹⁰

III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.¹¹

§ 1.º A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.¹²⁻¹⁴

§ 2.º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensão, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta) anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.¹⁵⁻¹⁶

3. Espécies de *sursis*: o legislador criou dois tipos de suspensão condicional da pena: a) *simples*, consistente na aplicação das condições de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana (art. 78, § 1.º); b) *especial*, consistente na aplicação das outras condições, previstas no art. 78, § 2.º (proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca na qual reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades). O simples é mais severo do que o especial, de forma que somente se aplicará o primeiro caso se as condições pessoais do réu ou as circunstâncias do crime assim estiverem a indicar. Nessa linha: TACRIM/SP [atual TJSP]: “Aplicação na modalidade especial – Não cabimento – Receptação – Crime de notória gravidade – Decisão reformada para aplicação na modalidade simples – Imposição tão-somente de prestação de serviços à comunidade” (RT 719/460). É tranqüilo o entendimento de que as condições dos §§ 1.º e 2.º do art. 78 não podem ser aplicadas cumulativamen-

te. Assim: TACRIM/SP [atual TJSP]: RT 671/341; TJSP: Ap. 145.287-3-SP, 4.ª C., rel. Bittencourt Rodrigues, 19.06.1995, v. u.; Ap. 190.893-3, Brotas, 3.ª C., rel. Pereira da Silva, 09.06.1997, v. u. Alguns autores mencionam a existência de um terceiro tipo de *sursis* – o etário –, aplicável aos maiores de 70 anos, que tenham sido condenados a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos. Em verdade, há somente dois tipos, embora o chamado *sursis* etário seja apenas uma suspensão condicional da pena mais flexível. As condições a que se submete são as mesmas.

4. Faculdade do juiz ou direito do réu: essa questão deve ser resolvida com bom senso. Na análise dos requisitos subjetivos da suspensão condicional da pena, é natural que o magistrado tenha liberdade para avaliar se cabe ou não o benefício. Não pode ser obrigado, por exemplo, a considerar escorreita a personalidade do réu ou mesmo bons os seus antecedentes. Por outro lado, estando todos os requisitos preenchidos e dessa forma declarados na sentença condenatória, é direito do réu obter o *sursis*. A suspensão condicional da pena não é mero incidente da execução da pena, mas parte do processo de conhecimento, devendo sempre ser motivada. Assim, conceda ou não o benefício ao réu, deve o juiz fundamentar sua decisão.

5. *Sursis* e concurso de crimes: é perfeitamente possível aplicar a suspensão condicional da pena ao concurso de crimes, bastando que a pena aplicada não ultrapasse o limite imposto pela lei. Dessa forma, se, em virtude de concurso material, o sentenciado obtiver uma pena de 1 ano e 6 meses, fruto de três penas de 6 meses cada uma, seria possível aplicar o benefício.

6. Requisito objetivo: é a condenação a uma pena privativa de liberdade não su-

perior a 2 anos, podendo ser de reclusão, detenção ou prisão simples (no caso das contravenções penais).

7. *Sursis* e indulto: a compatibilidade entre ambos, mais uma vez, comporta divergência doutrinária e jurisprudencial: a) *não é compatível*: pois o indulto é destinado a condenados que cumprem pena em regime carcerário, tanto que os decretos de indulto muitas vezes fazem referência a “bom comportamento carcerário”. Quem está em liberdade não necessita do indulto, fruto da política de esvaziamento dos presídios; b) *é compatível (majoritário)*: pois o indulto é destinado a condenados em cumprimento de pena, sendo o *sursis* uma forma alternativa de cumprimento da pena. Nada impede, pois, que o beneficiário da suspensão condicional da pena seja beneficiado pelo decreto de indulto. Se, porventura, o decreto trouxer a exigência de “bom comportamento carcerário”, pode-se interpretar, em benefício do sentenciado, “bom comportamento social”. A melhor posição é, de fato, a segunda. Aliás, cumpre ressaltar que os últimos decretos de indulto vêm explicitando ser cabível o indulto aos condenados em gozo de *sursis*. Assim também: JTJ 192/320; TACRIM/SP [atual TJSP], RT 694/328; TJSP, Ag. 215.317-3, Presidente Venceslau, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 25.11.1996, v. u.

8. Processos em andamento: não impede a concessão do *sursis* o fato de o réu estar respondendo, concomitantemente, a mais de um processo. Eventualmente, para a corrente que sustenta serem maus antecedentes vários processos em andamento, conforme já exposto em capítulo anterior, pode não ser cabível a suspensão condicional da pena. Nesse caso, no entanto, a vedação não se dá porque a lei proíba, mas pelo entendimento particularizado

do requisito “antecedentes” do art. 77, II, do Código Penal. O correto deve ser a concessão e, posteriormente, havendo outras condenações, ser o benefício revogado em sede de execução penal.

9. Requisitos subjetivos: são os seguintes: a) não ser o réu reincidente em crime doloso; b) culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime recomendando a concessão do *sursis*. A reincidência em crime culposos, como se vê, não impede a suspensão condicional da pena. No tocante às condições pessoais do agente, é preciso analisar o que o condenado fez e como fez, e não o perigo que ele pode representar para o futuro. Interessa, nesse caso, a boa índole do acusado no momento do crime. Quanto ao delito, é importante verificar a gravidade do que foi praticado, pois esta pode evidenciar aspectos fundamentais da personalidade do agente.

10. *Sursis* e crime hediondo: não há unanimidade na apreciação da possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena ao autor de crime hediondo. É bem verdade que, na grande maioria dos casos de condenação por crime hediondo, a pena é bem superior a dois anos, de modo que a suspensão condicional da pena está fora de propósito. Entretanto, há possibilidade de haver condenação na forma tentada, como, por exemplo, no caso do estupro. Sendo a pena mínima estabelecida em 6 anos, caso o juiz diminua o seu montante em 2/3, cairá para 2, comportando, pois, em tese, o benefício. Apesar de, objetivamente, ser possível a suspensão condicional, há *duas posições* a esse respeito: a) cabe *sursis*: pois a Lei 8.072/90 não o vedou de modo algum, não competindo ao juiz criar restrições onde o legislador não previu. Assim: TJSP: “Admissibilidade – Preenchimento pelo

rêu dos requisitos do art. 77 do CP – Lei 8.072/90 que impõe o cumprimento da pena em regime fechado para aqueles que devam recolher-se a presídios, excluídas assim as hipóteses em que, atendidos os pressupostos, seja viável o *sursis* – Inadmissibilidade da interpretação analógica ou extensiva, sobretudo quando se trate do comprometimento ao direito à liberdade. Embora se batam alguns pela inadmissibilidade do *sursis*, em se cuidando de crimes hediondos, o certo é que a lei especial não impôs nenhuma restrição a esse respeito. Disse, é certo, que as penas de tais crimes serão cumpridas, integralmente, em regime fechado [decisão proferida antes do advento da Lei 11.464/2007], mas assim dispôs, é claro, para os casos em que se cuide de réu que deva recolher-se a presídio, não para as hipóteses em que, por força da quantidade da pena e do atendimento aos demais pressupostos a tanto exigidos, seja viável a suspensão condicional. A restrição reclamava imposição expressa, pois, é curial, em sede de comprometimento ao direito à liberdade, não se compreende aceitação dele mercê interpretações analógicas ou extensivas da norma que a ele não se refere ostensivamente. Estando presentes os requisitos do art. 77 do CP, há de deferir-se o *sursis*” (Ap. 153.487-3, 2.^a C., rel. Canguçu de Almeida, 12.07.1995, v. u., RT 719/391); STJ: RT 739/572; TJSP, Ap. 181.250-3, Barueri, 6.^a C., rel. Gentil Leite, 01.06.1995, v. u.; TJSP: Ap. 196.318-3, São Roque, 3.^a C., rel. Oliveira Passos, 12.05.1997, v. u. Nessa ótica, conferir a Súmula 10 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A Lei 8.072/90 não veda a concessão do *sursis*”; b) não cabe *sursis*: pois, mesmo que a referida lei nada tenha falado a respeito, tendo praticado um delito considerado hediondo, que nem liberdade provisória admite e impõe regime fechado integral para o cumprimento da pena, seria irracional conceder o benefí-

cio. Nesse enfoque: STJ: RT 742/591. Esta posição não mais pode prevalecer, em face da edição da Lei 11.464/2007, autorizando, expressamente, a progressão de regimes em condenações por crimes hediondos e equiparados, bem como a liberdade provisória. A corrente majoritária, entretanto, sempre foi a primeira, ainda que seja da nossa preferência adotar o meio-termo. De fato, tendo cometido um crime hediondo, não é razoável tenha o réu direito a exigir, *sempre*, a concessão do *sursis*, embora não se lhe possa negá-lo sistematicamente. A gravidade do crime faz parte dos requisitos para a obtenção do benefício (art. 77, II, CP), de modo que, conforme o caso, o juiz pode deixar de conceder a suspensão condicional da pena para o condenado por delito hediondo. Mais adequado, portanto, é analisar caso a caso com maior rigor, concedendo *sursis* ao sentenciado que, *realmente*, merecer. Adotando a posição que sustentamos, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* para a obtenção de *sursis* a condenado por crime hediondo afirmando que a negativa não pode ser constante, devendo-se analisar o caso concreto (HC 84.414, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, set. 2004, v. u.). Ressalte-se que, a partir de 23.02.2006, o Plenário do STF (ver a nota 18 ao art. 33) considerou inconstitucional a vedação à progressão de regime fixada na Lei dos Crimes Hediondos, o que se torna mais um argumento favorável à possibilidade de concessão de *sursis* a condenados por delitos hediondos e equiparados. E, como já frisamos, a progressão de regime foi autorizada pela edição da Lei 11.464/2007.

11. Requisito objetivo-subjetivo: somente se aplica o *sursis* caso não caiba substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. É nitidamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a pena restritiva de direitos é

mais favorável que a suspensão condicional, de modo que o juiz deve aplicá-la sempre que for possível. Atualmente, diante das modificações trazidas pela Lei 9.714/98, no contexto das penas restritivas de direitos, o *sursis* tende ao esquecimento. Não há razão para aplicar a suspensão condicional da pena ao réu primário condenado a dois anos de reclusão se o mesmo sujeito, caso tivesse sido apenado a quatro anos de reclusão, poderia receber a substituição por restrição de direitos. Portanto, somente em casos excepcionais, quando não for cabível a referida substituição – como, por exemplo, quando se tratar de crimes violentos contra a pessoa, como a lesão corporal –, pode o juiz aplicar o *sursis*. Nesse sentido: TJMG: Ap. 1.0184.02.001898-4/001, 2.^a C., rel. Hyarco Immesi, 23.09.2004, v. u.

12. Reincidência, multa e *sursis*: conforme comentários que fizemos no art. 63, consideramos que a pessoa condenada por crime à pena de multa, tornando a praticar um delito, é reincidente, embora, porque há a exceção prevista neste parágrafo, possa receber o benefício da suspensão condicional da pena. Nesse sentido está a Súmula 499 do STF: “Não obsta à concessão do *sursis* condenação anterior à pena de multa”. Aliás, somente teria sentido a edição de súmula nessa ótica em face de ser, realmente, reincidente o autor de crime, quando já condenado anteriormente a pena de multa. Não fosse reincidente, teria pleno cabimento a concessão da suspensão condicional da pena, independentemente de se considerar a exceção prevista em lei.

13. Circunstâncias especiais que não impedem a concessão do *sursis*: são as seguintes: a) condenação anterior a pena de multa (art. 77, § 1.º, CP), como já exposto. Aliás, nesse sentido, já existia a Súmula 499 do Supremo Tribunal Federal; b) réu

reincidente em crime culposos, admitindo as hipóteses: condenação por crime culposos seguida de condenação por crime culposos, condenação por crime culposos seguida de condenação por crime doloso e condenação por crime doloso seguida de condenação por crime culposos; c) prescrição da pretensão punitiva do crime anterior; d) condenação anterior por contravenção, pois não é apta a gerar reincidência; e) perdão judicial anteriormente concedido, que também não gera reincidência; f) réu foragido ou revel. A revelia não é motivo para impedir a concessão do *sursis*, embora possa ser um obstáculo, caso o condenado não compareça à audiência admonitória. Entretanto, não pode o magistrado, simplesmente porque o acusado não quis acompanhar a instrução, negar-lhe a suspensão condicional da pena.

14. Circunstâncias especiais que impedem a concessão do *sursis*: além do não preenchimento dos requisitos do art. 77, podem impedir a concessão do benefício as seguintes hipóteses: a) prescrição da pretensão executória da condenação anterior; b) condenação anterior irrecorrível, no exterior, que é capaz de gerar a reincidência (art. 63, CP); c) aplicação de medida de segurança. O *sursis* é incompatível com internação ou tratamento ambulatorial. Aos semi-imputáveis, no entanto, é cabível, pois recebem pena privativa de liberdade, embora reduzida.

15. *Sursis* etário e humanitário: o etário é o aplicado aos maiores de 70 anos na data da sentença e o humanitário é o concedido à pessoa enferma, desde que devidamente justificado, podendo a pena atingir até 4 anos. Outra exceção está prevista na Lei 9.605/98 (lei dos crimes ambientais), que admite *sursis* para penas de até 3 anos, para qualquer condenado (art. 16).

16. Estrangeiros de passagem pelo País e a possibilidade de concessão do *sursis*: bastante controversa é a possibilidade de concessão da suspensão condicional da pena aos estrangeiros em visita ao País. São as seguintes posições: a) não se aplica a suspensão condicional da pena aos estrangeiros, com base, fundamentalmente, no Decreto-lei 4.865/42. Diz o seu art. 1.º: “É proibida a concessão da suspensão condicional da pena imposta aos estrangeiros que se encontrem no território nacional em caráter temporário...”. O Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) não revogou essa norma, pois nada dispôs a respeito da proibição ao *sursis*. Ademais, se fosse concedida a suspensão da pena a quem é estrangeiro visitante, ele certamente não cumpriria as condições, pois poderia ir embora a qualquer momento. Em regra, quando um estrangeiro pratica uma conduta criminoso, deve ser expulso do País, não sendo compatível o cumprimento das regras do benefício concedido com a ordem de deixar o território nacional (ver arts. 65 a 68 da Lei 6.815/80); b) aplica-se a suspensão condicional da pena, pois, segundo o art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, de forma que não se deve fazer distinção entre nacionais e estrangeiros, ainda que de passagem pelo País. É certo que o Executivo não fica atrelado à decisão do Judiciário – concedendo ou não o *sursis* –, para efeito de expulsão, mas isso não deve ser obstáculo à obtenção do benefício. De outra parte, o Estatuto do Estrangeiro, nada tendo disposto a respeito da suspensão condicional da pena, revogou, tacitamente, o art. 1.º do Decreto-lei 4.865/42; uma vez que disciplinou integralmente a situação do estrangeiro no País, sem proibir a concessão do *sursis*, é natural que não esteja mais em vigor o referido Decreto-lei de 1942. Há decisões na juris-

prudência nos dois sentidos. Destaque-se, no entanto, a existência de precedentes do STF pela segunda posição, embora sem reconhecer que o impedimento fere a isonomia: “*Sursis* – Decreto-lei 4.865/42 – Princípio da isonomia – Estatuto do Estrangeiro. O Decreto-lei 4.865/42, impedindo o *sursis* no caso do estrangeiro com visto temporário, não ofende o princípio da isonomia. O diploma, entretanto, resultou revogado pela legislação que, em 1969 – e, mais tarde, em 1980-1981 –, estabeleceu o Estatuto do Estrangeiro sem retornar a antiga restrição” (HC 63.142-RJ, 2.ª T., rel. Francisco Rezek, 29.11.1985, v. u. Embora antigo, o acórdão permanece válido para ilustração, pois o tema é pouco abordado na atualidade). Idem: TAPR: RT 640/340. A doutrina, por sua vez, também diverge. Pontes de Miranda sustenta que o estrangeiro não pode ser expulso quando o Judiciário fixou-lhe uma sanção penal a cumprir, pois tal decreto de expulsão iria ferir a independência dos Poderes. Se um deles determina o cumprimento de uma pena, o outro não pode expulsá-lo, sob pena de invadir seara alheia. Deduz-se desse posicionamento não poder o Executivo expulsar o estrangeiro, caso o Judiciário lhe conceda o *sursis*. Por outro lado, Oscar Tenório defende a total independência do Executivo para decidir o que fazer, não estando adstrito às decisões da Justiça. Portanto, se houver perspectiva de expulsão, o juiz não deve conceder o *sursis*. Finalmente, Yussef Said Cahali, em seus comentários ao Estatuto do Estrangeiro, diz que o art. 67 pôs fim à discussão anterior: “Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação”. Por isso, não haveria dúvida de que a expulsão pode ocorrer, mesmo que o condenado seja beneficiado pelo *sursis* ou pelo livramento condicional. Parece-nos que a

melhor solução, para o impasse, é permitir ao estrangeiro de passagem pelo País a obtenção da suspensão condicional da pena, visto que esta somente é possível àquele que é primário, tem bons antecedentes e sua culpabilidade, conduta social e personalidade estejam a indicar ser o melhor caminho, além de ter praticado crime de menor importância, sujeito a pena de, no máximo, dois anos. Logo, o ideal seria que o estrangeiro, com autorização de permanência no País, cumprisse as condições impostas para a suspensão condicional da pena, extinguindo-se a sua punibilidade. Entretanto, se o Executivo optar por sua expulsão, não cabe ao Judiciário buscar segurar o estrangeiro condenado no Brasil, negando-lhe o benefício do *sursis*. Ademais, ainda que esteja cumprindo pena em regime fechado, o decreto de expulsão pode ser efetivado do mesmo modo. Na jurisprudência, conferir decisões que permitem a concessão de suspensão condicional da pena, caso o estrangeiro tenha visto de permanência no país: “Réu estrangeiro – Benefício negado – Inadmissibilidade – Requisitos legais preenchidos – Condenado de nacionalidade portuguesa, definitivamente radicado no País, com filho menor brasileiro e domicílio certo no distrito da culpa – Constrangimento ilegal caracterizado – *Habeas corpus* concedido” (RT637/254); TACRIM/SP [atual TJSP]: “A concessão do *sursis* ao estrangeiro condenado por sentença definitiva só é possível quando este não se encontrar em situação irregular em nosso País, quer por haver ingressado no território nacional clandestinamente, quer por demorar-se após esgotado o prazo legal de estada, situações que ensejam a deportação do acusado” (HC 283.236, 7.^a C., rel. Nogueira Filho, 07.12.1995, v. u.). Idem: Ap. 1.064.575, 25.11.1997, 14.^a C., rel. René Ricupero,

v. u.; HC 157.634-3, 9.^a C., rel. Ricardo Andreucci, 11.02.1987, v. u., RT618/314. Entretanto, como sustentamos linhas acima, não tem cabimento segurar uma pessoa no cárcere, somente por ser estrangeira, fundado no temor de que poderá deixar o País. Se o fizer, diante do crime de pequena gravidade que cometeu, tanto melhor. A tomar medida diversa, vale dizer, deixando de conceder o benefício ao estrangeiro, estará o juiz também obrigado a impor-lhe sempre o regime fechado? Afinal, se estabelecer o regime aberto (para uma pena menor que 4 anos) ou mesmo, segundo o disposto na Lei 9.714/98, se substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, estaria, do mesmo modo, propiciando o não cumprimento da pena, pois o estrangeiro pode ser expulso e não cumprir a sanção penal imposta. Não sendo vedados por lei nem o regime aberto, nem tampouco a substituição por pena restritiva de direitos, incabível, por uma questão de isonomia, a proibição ao *sursis*. Isso não significa que o Executivo, de acordo com o disposto no Estatuto do Estrangeiro, não possa expulsar o estrangeiro. De fato, melhor é a posição de Yussef Cahali, para quem os Poderes são independentes e, qualquer que seja a decisão do Judiciário, ainda assim, pode o Presidente da República determinar a expulsão do estrangeiro. Caso deixe o País sem cumprir a reprimenda, não mais poderá voltar. Melhor essa solução do que impor a alguém o regime fechado integral para uma pena reduzida, somente por se tratar de estrangeiro. Na Espanha, adota-se sistema semelhante ao que defendemos, ou seja, a política criminal com relação ao estrangeiro que comete crime no país é, preferencialmente, expulsá-lo do território espanhol. Por isso, registra Mercedes García Arán que “as previsões do art. 89 CP sobre a substituição das penas dos condenados

estrangeiros não residentes legalmente na Espanha ou que estejam cumprindo pena são uma mostra palpável da filosofia que preside a legislação sobre estrangeiros e que conduz à limitação de acesso e permanência em território espanhol. Neste caso, a possibilidade de substituir a pena parece conduzida pela vontade de perder de vista o condenado, estendendo-se às penas de prisão de certa gravidade, como por exemplo: a) a substituição da pena de prisão inferior a seis anos por expulsão do território nacional; b) a expulsão do condenado com prisão igual ou superior a seis anos quando haja cumprido três quartos da condenação” (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 124).

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.¹⁷⁻¹⁸

§ 1.º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).¹⁹⁻²⁰

§ 2.º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de freqüentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.^{21-21-A}

17. Compatibilidade com a fixação do regime penitenciário: impõe-se ao juiz, segundo o disposto no art. 59, III,

do Código Penal, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, independentemente da concessão ou não do *sursis*. Nesse prisma: TJSP: “Regime prisional – Fixação – Sentença omissa – Nulidade absoluta não sanada pela ausência de embargos declaratórios – Artigos 33, § 3.º, 59, inciso III, do Código Penal, 110 da Lei de Execuções Penais, e 5.º, inciso XLVIII, da Constituição da República – Apelo provido” (Ap. 158.113-3-SP, 2.ª C., rel. Silva Pinto, 20.11.1995, v. u.). E também: TJSP: “Sentença omissa quanto ao regime inicial – Inadmissibilidade, ainda que concedido o *sursis* – Aplicação dos arts. 59, III, e 33 do Código Penal – Recurso provido. Impõe-se ao juiz da sentença o dever de estabelecer sempre o regime prisional, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, não obstante concedido o *sursis*, pois ao condenado remanesce o direito de saber em que condições irá cumpri-la, caso não aceite o *beneficium legis* ou sobrevenha causa de revogação” (Ap. 162.715-3-SP, 3.ª C., rel. Gonçalves Nogueira, 06.02.1996, v. u.). Não é correto o argumento de alguns magistrados sustentando que, uma vez concedida a suspensão condicional da pena, não haveria mais necessidade de estabelecer o regime prisional, pois o condenado está em gozo de regime de pena alternativo. Em primeiro lugar, o *sursis* não é regime de cumprimento – só existem o fechado, o semi-aberto e o aberto –, mas forma alternativa de execução da pena, obrigando o magistrado a seguir o que exige o legislador no referido art. 59. Em segundo plano, a suspensão condicional da pena é facultativa e por isso existe a audiência admonitória (art. 160 da Lei de Execução Penal: “Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”). Tratando-se de benefício *condicionado*, é

justo que o sentenciado não aceite as condições impostas, passando então a cumprir a pena no regime imposto pelo juiz. Por outro lado, há argumentos no sentido de que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena é irrelevante, pois, uma vez concedido o *sursis*, seria óbvia a concessão do regime aberto. Daí por que, mesmo que o magistrado omita o regime, tendo em vista que as regras para o estabelecimento do aberto são praticamente as mesmas da suspensão condicional, concedida esta, aquele seria consequência natural. Assim não pensamos. Tal como posto atualmente, o regime aberto é basicamente descumprido, pois, inexistindo Casa do Albergado, impõe-se, em substituição, como já expusemos em tópico anterior, o regime de *prisão albergue domiciliar*, ou seja, o sentenciado cumpre sua pena em casa, sem qualquer vigilância. Eis a razão de o juiz poder fixar o *sursis*, com a obrigação de prestar serviços à comunidade por um ano, tendo em mente o réu vadio, sem desejo de trabalho lícito e autor de crime contra o patrimônio, bem como, alternativamente, impor o regime semi-aberto, que permite a inserção em colônia penal agrícola. Assim, sujeitando-se à prestação de serviços à comunidade e sob prova durante dois anos, no mínimo, poderá o condenado ficar em liberdade. Não desejando permanecer nesse esquema, o melhor regime poderá ser o semi-aberto. Em que pese, na maioria dos casos, ser razoável aplicar *sursis* e regime aberto, tal situação não deve constituir uma regra, pois o direito penal não é mecânico e muito menos uma ciência exata.

18. *Sursis* e suspensão dos direitos políticos: preceitua o art. 15, III, da Constituição Federal: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto

durarem seus efeitos”. Logo, sendo o *sursis* uma forma alternativa de cumprimento da pena, enquanto estiver no prazo estipulado pelo magistrado para o período de prova, o beneficiário da suspensão condicional da pena está com seus direitos políticos suspensos.

19. Período de prova e escolha das condições: deve variar o período de prova em *três patamares*: a) de 2 a 4 anos para penas que não ultrapassem 2 anos; b) de 4 a 6 anos para penas superiores a 2 anos, que não ultrapassem 4 (*sursis* etário ou para enfermo); c) de 1 a 3 anos para penas provenientes de contravenções penais. A fixação do prazo, feita acima do mínimo permitido, deve ser devidamente justificada pelo magistrado, sob pena de ser reduzida pelo tribunal. Assim, caso o juiz opte pelo período de prova superior a 2 anos, deve motivar seu convencimento, esclarecendo tratar-se, por exemplo, de réu vadio, foragido e com personalidade instável, fatores não impeditivos da concessão do *sursis*, mas que demonstram, conforme o crime praticado, a necessidade de permanecer maior tempo em observação. Quanto à eleição das condições pelo julgador, tem ele largo critério subjetivo para fazê-lo. Deve levar em consideração que as condições do art. 78, § 1.º, são mais rigorosas que as previstas no mesmo artigo, § 2.º, conforme evidenciam os requisitos exigidos para a concessão destas últimas: “se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis”.

20. Constitucionalidade das penas restritivas de direitos impostas como condições do *sursis*: argumentam alguns serem inconstitucionais as medidas restritivas impostas como condições do *sursis* (prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição de

freqüentar lugares determinados) porque isso seria uma dupla penalidade. Se o réu já recebeu pena privativa de liberdade, que foi suspensa, não teria cabimento eleger como condição uma outra pena. Teria, na prática, recebido duas penas pelo mesmo crime. Caso descumprisse a condição (limitação de fim de semana, por exemplo) depois de seis meses em gozo do *sursis*, teria o benefício revogado e iria cumprir a pena privativa de liberdade, configurando duas penas. Ora, a tese não parece ter consistência, pelas seguintes razões: a) o *sursis* é facultativo, vale dizer, o condenado não é obrigado a aceitá-lo, nem tampouco suas condições. Fossem penas cumulativas e seriam obrigatórias, porque penas são inderrogáveis e não se submetem à aceitação do réu. Nesse caso, pois, elas funcionam como meras condições e podem ser rejeitadas; b) nada impede ao legislador fixar, no tipo penal incriminador, em abstrato, penas privativas de liberdade cumuladas com outras (restritivas de direitos ou multa). Notem-se os seguintes exemplos: receptação (art. 180), prevendo pena privativa de liberdade e multa; homicídio culposo no trânsito (art. 302, Lei 9.503/97), que prevê pena privativa de liberdade e restritiva de direitos, consistente na suspensão ou proibição para dirigir. Por que não se poderia estabelecer como condição do *sursis* uma restrição de direito? Nesse sentido: STF: “A Constituição Federal preconiza que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a prestação social alternativa (art. 5.º, XLVI, d). Seu conceito e condições estão definidos no art. 46 e parágrafo único [redação anterior à Lei 9.714/98], do Código Penal. A imposição de prestação de serviço à comunidade como condição para o *sursis* não constitui constrangimento ilegal” (HC 72.233-SP, 2.ª T., rel. Maurício Correa, 11.04.1995). Ainda: STF: HC 73.110/SP, 1.ª T., rel. Octavio Gallotti, 10.10.1995; HC 72.387/SP, 1.ª T., rel.

Sydney Sanches, 15.08.1995; HC 74.234/SP, 2.ª T., rel. Carlos Velloso, 29.10.1996. Precedentes do STJ: REsp 42.650-SP, 5.ª T., rel. Cid Flaquer Scartezzini, 12.08.1997; REsp 27.254/SP, 5.ª T., rel. Assis Toledo, 06.12.1995; REsp 93.749/SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 10.03.1997; REsp 77.871/SP, 6.ª T., rel. Adhemar Maciel, 13.02.1996; 5.ª T., rel. Edson Vidigal, *Lex* 98/367 (com citação de outros precedentes do STJ); 6.ª T., rel. Adhemar Maciel, *Lex* 85/358; 5.ª T., rel. Jesus Costa Lima, *Lex* 80/362. Idem: TAMG [atual TJMG]: RT 642/343; TACRIM/SP [atual TJSP]: RT 678/336.

21. *Sursis* incondicionado: não há mais *sursis* sem condições. Quanto à suspensão condicional da pena, prevista na Lei das Contravenções Penais, por ser esta lei especial, seria incondicionada (cf. TACRIM/SP ([atual TJSP]: RT 652/305; TJSP: RT 660/278). Pensamos de modo diverso. Se a lei especial apenas fixou um prazo menor para o período de prova do *sursis* (um a três anos), em momento algum mencionou ser o benefício incondicionado. Por isso, aplicam-se todas as regras do instituto, previstas na Parte Geral do Código Penal. É o que defendemos nos comentários à Lei das Contravenções Penais (ver a nota 22 ao art. 11 do nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*). Comentam os autores da Reforma Penal de 1984, citando Manoel Pedro Pimentel, que a suspensão condicional da pena sem rígidas condições é o mesmo que provocar no sentenciado o sentimento de que foi “absolvido com *sursis*” (Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo, *Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 210). Portanto, atualmente, qualquer suspensão da pena é condicional. Pode ocorrer, no entanto, de o magistrado olvidar as condições na sentença condenatória, tornando, na prática, o *sursis* em incondicionado.

Poderia o juiz da execução penal suprir a falha? A resposta é negativa, pois não cabe *reformatio in pejus*, nem revisão em favor da sociedade. Nesse sentido: “Sentença omissa quanto às condições. Suprimento em sede de embargos de declaração e não por apelação, a fim de não suprimir um grau de jurisdição. Deve o juiz de 1.º grau fixá-las” (JTJ 179/297). Se o órgão acusador não recorreu, transitando em julgado a decisão, inválida qualquer tentativa de modificação da *res judicata*. Assim: TJSP: Ap. 246.212-3/3-SP, 2.ª C., rel. Geraldo Xavier, 10.03.1999, v. u. Aliás, do mesmo modo, não pode ser cassado o *sursis* em 2.º grau em recurso exclusivo da defesa. Ver: STF: “*Sursis* cassado em 2.º grau em recurso exclusivo do réu. Inadmissibilidade. *Reformatio in pejus* anatematizada pelo art. 617 do CPP. Restabelecimento do benefício. HC deferido” (RT 574/459).

21-A. Duração do cumprimento das condições: indica o § 1.º do art. 78 que o condenado, no *primeiro ano do prazo*, deve prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana. Assim, também quando forem aplicadas as condições do § 2.º do art. 78, em lugar das primeiras, devem elas ser cumpridas apenas um ano, uma vez que a lei menciona que, se as condições forem favoráveis, pode haver a substituição da exigência do § 1.º pelas descritas no § 2.º, não se referindo ao prazo. O mesmo se diga quanto às condições peculiares previstas no art. 79.

Art. 79. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.²²⁻²³

22. Outras condições não previstas em lei: permitiu-se ao juiz que especifique

“outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado”. Essa disposição é pouco aplicada pelos magistrados, pois difícil acertar uma condição que se encaixe com perfeição à necessidade do cumprimento do *sursis*, sem configurar um abuso indevido. Exemplo de condição inaceitável: “Condição do acusado visitar uma vítima de acidente de trânsito, em hospital, trimestralmente – Inadmissibilidade – Cancelamento” (RT 553/381). Um exemplo positivo poderia ser a obrigação de frequentar algum curso educativo contra a violência familiar, para o condenado por agressão à esposa ou aos filhos.

23. *Sursis* e *habeas corpus*: o *habeas corpus* não é meio idôneo, em regra, para discutir a concessão de suspensão condicional da pena, nem para a análise das condições estipuladas pelo juiz. É natural, no entanto, que em casos excepcionais a questão deva ser resolvida por intermédio do remédio constitucional, porque mais eficaz e célere. Um magistrado, por exemplo, que deixe de conceder *sursis* a um réu que, evidentemente, mereça o benefício, impondo-lhe, ao contrário, regime fechado e negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, pode dar margem ao tribunal para corrigir essa imperfeição. Ou então, em outro exemplo, o juiz que fixa condições aberrantes, tais como permanecer amordaçado toda vez que sair à rua ou acorrentar-se a algum membro da família para ser devidamente fiscalizado, pode ter sua pena revista diretamente por meio de *habeas corpus*, já que o descumprimento da condição imposta terá íntima ligação com a revogação do benefício e a imposição de medida detentiva, afetando a liberdade de locomoção.

Art. 80. A suspensão não se estende às penas restritivas de direito nem à multa.²⁴

24. Aplicação restrita às penas privativas de liberdade: constituindo o *sursis* uma medida de política criminal para evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, consubstanciada numa outra forma de cumprimento de pena, é natural que ele não tenha qualquer aplicação para as penas restritivas de direitos, que já são formas alternativas para evitar o encarceramento, nem para a sanção pecuniária, que jamais resulta na possibilidade de prisão.

Revogação obrigatória

Art. 81. A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I – é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;²⁵

II – frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;²⁶

III – descumpre a condição do § 1.º do art. 78 deste Código.²⁷⁻²⁸

Revogação facultativa

§ 1.º A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta²⁹ ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposos ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.³⁰⁻³¹

Prorrogação do período de prova

§ 2.º Se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.³²⁻³³

§ 3.º Quando facultativa a revogação, o juiz pode, ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.³⁴⁻³⁵

25. Condenação definitiva por crime doloso: o Código fala apenas em “condenação por crime doloso”, o que, em tese, poderia ser também por multa. Entretanto, se esta penalidade não tem força de impedir a concessão do benefício, certamente não terá força para revogá-lo (TJSP, Ag. 189.007-3, São José do Rio Preto, 1.ª C., rel. Marcial Hollanda, 04.09.1995, v. u.). Dessa forma, somente a condenação às penas privativa de liberdade ou restritiva de direitos é que tem o condão de afastar o benefício.

26. Não pagamento da multa ou falta de reparação do dano: há quem defenda a impossibilidade de se revogar o *sursis* pelo não pagamento da multa, somente porque esta passou a ser considerada dívida de valor, sujeita aos trâmites impostos pela Lei 6.830/80. Não haveria mais, em tese, viabilidade para a multa transformar-se em prisão. O argumento não é correto, pois o legislador modificou somente o art. 51 e não os demais que lidam, indiretamente, com a multa. A suspensão condicional da pena não é sanção pecuniária, de modo que frustrar o pagamento desta última, sendo o condenado solvente, continua a ser, em nosso entendimento, motivo para cassar o *sursis*. Do mesmo modo se o sentenciado, podendo arcar com o prejuízo causado pelo delito, recusar-se a fazê-lo.

27. Descumprimento das condições do *sursis* simples: deixar de cumprir a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana provoca a revogação do benefício. Como já comentado, o *sursis* é forma alternativa de cumprimento da sanção privativa de liberdade aplicada, razão pela qual deve ser sempre condicionado. Se o condenado aceitou as condições fixadas, não pode deixar de segui-las.

28. Concessão sem efeito: se o sentenciado não comparecer à audiência

admonitória, sem justo motivo, seja ele intimado pessoalmente ou por edital, em vez de revogação, a lei preceitua que o *sursis* fica *sem efeito* (art. 161, LEP).

29. Descumprimento das condições do *sursis* especial: se o beneficiário deixar de seguir as condições dos arts. 78, § 2.º (proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, e comparecimento mensal, pessoal e obrigatório a juízo para informar e justificar suas atividades), ou 79 (outras condições compatíveis estabelecidas pelo juiz) do Código Penal, a suspensão condicional da pena *pode* ser revogada, ficando a decisão ao prudente critério do magistrado. O ideal é, antes de qualquer providência, buscar incentivar o condenado a cumprir as condições, tentando saber a razão pela qual vem descumprindo o pactuado.

30. Condenação definitiva por crime culposo ou contravenção penal: nesses casos é preciso que a pena imposta seja privativa de liberdade ou restritiva de direitos, mas vale, também nesse caso, invocar o prudente critério do juiz. Se o beneficiário do *sursis* fora condenado por lesão corporal grave e, posteriormente, é condenado pela contravenção de porte ilegal de arma (carregava consigo um punhal, por exemplo), pode não apresentar mérito para continuar gozando da suspensão.

31. Prévia audiência do sentenciado: em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e porque se trata de uma forma alternativa ao cárcere, é importante ouvir, antes de qualquer medida drástica, as razões do condenado. Nessa linha: “Suspensão condicional – Revogação – Inadmissibilidade – Inobservância das garantias do contraditório e da ampla defesa – Necessidade de se assegurar ao sentenciado

do o direito de demonstrar as causas que o levaram a descumprir as condições – Decisão anulada – Recurso provido para restabelecer o *sursis*” (JTJ 169/318). Idem: STJ: 6.ª T., rel. José Cândido, RSTJ 52/242, dez. 1993; 6.ª T., rel. Costa Leite, RSTJ 10/137, jun. 1990. Pode ocorrer uma justificativa razoável para não ter sido cumprido o disposto na suspensão condicional da pena. Exemplo: “*Sursis* revogado porque o condenado mudou de domicílio sem autorização judicial – Viagem a negócio – Inadmissibilidade da revogação – HC concedido” (RT 570/380).

32. Prorrogação do período de prova: ocorre a *automática* dilação do período de prova do *sursis* quando o beneficiário esteja sendo processado por outro crime ou contravenção. Note-se que a lei menciona o termo *processado*, de modo que é preciso o recebimento da denúncia ou da queixa, sendo irrelevante o andamento de inquérito policial, mesmo que haja indiciamento. A prorrogação vai até o julgamento final da infração penal, independentemente de decisão judicial, o que se justifica diante da causa de revogação obrigatória prevista no art. 81, I (condenação irrecorrível por crime doloso), ou da facultativa, prevista no art. 81, § 1.º, ambos do Código Penal.

33. Cumprimento de *sursis* simultâneo: é possível ao condenado cumprir simultaneamente duas suspensões condicionais de penas. Isso é plausível quando o condenado recebe o benefício em dois processos distintos, de modo que as duas audiências admonitórias acontecem quase ao mesmo tempo. Ora, a única hipótese obrigatória de revogação é a condenação irrecorrível por crime doloso *durante* o prazo do *sursis*, o que significa receber a condenação depois de realizada a audiência admonitória. Assim, se o sentenciado for condenado duas vezes e as audiências

ocorrerem depois, nada impede que cumpra simultaneamente duas suspensões, desde que compatíveis as condições estabelecidas. Há quem sustente, no entanto, que o gozo concomitante de *sursis* somente pode acontecer até que as duas condenações se tornem definitivas. Assim acontecendo, eles devem ser revogados. Nesse sentido: “Réu condenado duas vezes em decisões distintas – *Sursis* concedidos em ambos processos – Gozo simultâneo e provisório – Possibilidade até o julgamento dos recursos – Confirmadas as sentenças, cassados os benefícios por ausência de pressupostos – *Habeas corpus* deferido” (RT 721/428). Posicionamo-nos atualmente pela possibilidade de cumprimento simultâneo de *duplo sursis*. Estamos convencidos de que tal hipótese não se encaixa na lei penal como causa de revogação obrigatória ou facultativa, sendo medida salutar de política criminal.

34. Prorrogação máxima do período de prova: evitando a revogação do benefício, em se tratando de condenação por crime culposo ou contravenção penal ou descumprimento das condições do *sursis* especial, pode o magistrado prorrogar ao máximo o período de prova, se este já não tiver sido o estabelecido. Durante a prorrogação, entende a maioria da doutrina que as condições estabelecidas não devem acompanhá-la. Cumprir releva não ser admissível prorrogar o período de prova pela simples instauração de inquérito policial, sendo indispensável a ação penal (JTJ 116/493).

35. Consequências da revogação: se o benefício for cassado, o sentenciado vai cumprir integralmente a pena privativa de liberdade, em regime fechado, semi-aberto ou aberto, conforme o caso. Deve-se ressaltar que a prorrogação do período de prova, quando o condenado está sendo processado

por outro crime ou contravenção, é automática, mas não a revogação. Embora a lei estipule ser causa *obrigatória* de revogação, não se valeu do termo “considera-se”, como o fez com a prorrogação, mas utilizou “será revogada”, o que implica em decisão judicial. Por outro lado, no caso de condenação por crime doloso, durante a suspensão condicional da pena, não importa a data do fato, mas sim a data da condenação definitiva, o que não deixa de ser injusto para o réu. Se ele, por exemplo, tivesse sido condenado, no mesmo processo, a duas penas de seis meses, cada uma referindo-se a um delito diferente, poderia receber o *sursis*. Entretanto, caso esteja no gozo do benefício, por condenação a uma pena de 6 meses e receber outra, também de 6 meses, terá a suspensão condicional da pena revogada.

Cumprimento das condições

Art. 82. Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.³⁶

36. Finalização da suspensão condicional da pena: de acordo com o disposto no art. 82, a decisão que considera extinta a pena privativa de liberdade, uma vez expirado o prazo do *sursis*, é *declaratória*. Entretanto, a finalização do benefício não escapa da polêmica, pois é possível descobrir uma causa de revogação após o término do prazo. Seria possível revogar o *sursis*? Existem *duas posições*: a) aceitando a possibilidade de revogação, mesmo depois de findo o prazo, mormente quando ocorrerem hipóteses de revogação *obrigatória*; b) negando essa possibilidade, pois a lei, e não o juiz, considera extinta a pena, de modo que, sem a revogação feita no prazo, não há mais fundamento para fazê-la a destempo. Cremos que deve haver conciliação. O Código Penal considera prorrogado o período

de prova, automaticamente, quando o condenado está respondendo por outro crime ou contravenção (art. 81, § 2.º), de modo que, nessa hipótese, havendo condenação, é natural poder o juiz revogar o *sursis*, porque não está findo o período de prova – foi ele prorrogado. Entretanto, se outras hipóteses acontecerem (frustração do pagamento da multa ou da reparação de dano; descumprimento das condições), sendo descobertas depois de expirado o prazo, não pode o juiz revogar a suspensão condicional da pena – o prazo não foi automaticamente prorrogado. O art. 82, nesse prisma, é cristalino: “considera-se extinta a pena”, se não tiver havido revogação dentro do prazo. A *posição da jurisprudência* consagra o entendimento de que a descoberta de nova condenação após o término do período de prova é irrelevante, pois ele está automaticamente prorrogado: “Prorrogação do período probatório até o julgamento definitivo – Desnecessidade de decisão judicial em tal sentido – Posterior condenação do réu por sentença irrecorrível com novo *sursis* – Causa obrigatória de revogação do benefício – Extinção da punibilidade inócurrenente – Inteligência dos arts. 81 e 82” (STF, RT 619/401); “Prorrogação automática – Beneficiário que veio a ser processado por outro delito durante o período probatório – Irrelevância de ter a notícia chegado aos autos após o decurso daquele – Impossibilidade de o juiz declarar extinta automaticamente a punibilidade pelo vencimento do estágio de prova do *sursis* sob alegação de não haver declaração judicial de prorrogação ou revogação e sem atender a requisição do Ministério Público de certidão relativa ao andamento do segundo processo instaurado contra o sentenciado, sob pena de negativa de vigência dos arts. 67 da Lei 7.210/84, e 81, § 2.º, do CP, c/c seu inciso I e c/c também o art. 82” (STF, RT 645/372); “Se, durante o período probatório do *sursis*, o réu é

definitivamente condenado pela prática de crime doloso, dá-se automaticamente a revogação do benefício. Não importa que o juiz só venha a declarar a revogação depois de expirado o prazo de prova, já que a mesma ocorre de forma automática, com o trânsito em julgado da sentença condenatória” (STJ, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, *Lex* 86/357). Idem: RSTJ2/604, out. 1989. “Pena – Extinção pelo decurso do prazo do *sursis* – Inadmissibilidade – Cometimento de novo crime no período de prova – Prorrogação obrigatória – Recurso provido para cassar o despacho que julgou extinta a pena” (JTJ 110/483, 111/523). Há, no entanto, *posição em sentido contrário*: STJ: “É inadmissível a revogação do *sursis*, quando já expirado o prazo da concessão do benefício, ainda que, durante o período, o réu tenha sido condenado em decisão irrecorrível” (HC 5.762-SP, 5.ª T., rel. Cid Fláquer Scartezini, 09.09.1997, v. u., RT 749/618).

Capítulo V

DO LIVRAMENTO CONDICIONAL¹⁻²

1. Conceito de livramento condicional e aspectos históricos: trata-se de um instituto de política criminal, destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições. Data da França a origem histórica do livramento condicional, instituído pelo juiz Benneville, com o nome de “liberação preparatória” (1846). Ensina Frederico Marques, citando Roberto Lyra, ser o livramento a última etapa do sistema penitenciário progressivo, tendo sido idealizado na França e praticado, sobretudo, na Inglaterra, propagando-se por toda a Europa, em especial na Alemanha e

na Suíça. No direito brasileiro, iniciou sua trajetória no Código Penal de 1890 (arts. 50 a 52), regulamentado pelos Decretos 16.665, de 6 de novembro de 1924, e 4.577, de 5 de setembro de 1922 (*Tratado de direito penal*, v. 3). Convém citar parte da Exposição de Motivos do Código de 1940, ainda atual para a matéria: “O livramento condicional é restituído à sua verdadeira função. Faz ele parte de um sistema penitenciário (*sistema progressivo*) que é incompatível com as penas de curta duração. Não se trata de um benefício que se concede por simples espírito de generosidade, mas de uma medida *finalística*, entrosada, num plano de política criminal. O Decreto 24.351, de 6 de junho de 1934, tornando possível a concessão do livramento condicional aos ‘condenados por uma ou mais penas de mais de um ano’, cedeu a razões de *equidade*, mas, é força reconhecê-lo, desatendeu à verdadeira finalidade desse instituto. É esta a última etapa de um gradativo processo de reforma do criminoso. Pressupõe um indivíduo que se revelou *desajustado* à vida em sociedade, de modo que a pena imposta, além do seu caráter *aflitivo* (ou *retributivo*), deve ter o fim de *corrigir*, de *readaptar* o condenado. Como derradeiro período de execução da pena pelo *sistema progressivo*, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato, de novo, com o meio social. *Esse período de experiência* tem de ser relativamente longo sob pena de resultar ilusório”.

2. Natureza jurídica: é medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, faz parte de seu direito subjetivo, integrando um estágio do cumprimento da pena. Não se trata de um incidente da execução, porque a própria Lei de Execu-

ção Penal não o considerou como tal (vide Título VII – Dos Incidentes de Execução: Das conversões, Do excesso ou desvio, Da anistia e do indulto). Opiniões não destoantes: Hungria também o vê como um direito do sentenciado – logo, é um benefício; Silva Franco diz não ser incidente da execução, apesar de, na forma, ser um benefício e, no conteúdo, medida penal com características e propriedades típicas, sendo providência de política criminal (antecipação da liberdade) e medida penal alternativa da privação da liberdade; Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo esclarecem ser uma medida penal restritiva de liberdade, vale dizer, uma forma de expiar a pena de reclusão ou de detenção em meio livre – ainda assim, um benefício; Mirabete e Noronha ensinam que é concessão antecipada da liberdade mediante determinados pressupostos e condições – portanto, um benefício; e Frederico Marques sustenta tratar-se de um direito público subjetivo de liberdade penal que a lei concede ao condenado. Destoando dessas vozes, está o posicionamento de Damásio, que diz tratar-se de medida penal de caráter repressivo e preventivo, restritiva da liberdade, não sendo um benefício, nem incidente da execução, nem direito público subjetivo do condenado, mas forma de execução da pena.

Requisitos do livramento condicional

Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional³⁻⁴ ao condenado⁵ a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos,⁶ desde que:

I – cumprida mais de 1/3 (um terço) da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;⁷

II – cumprida mais da 1/2 (metade) se o condenado for reincidente em crime doloso;⁸

III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena,⁹ bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído¹⁰ e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;¹¹

IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;¹²

V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.¹³⁻¹⁵

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.^{16-18-A}

3. Duração do livramento: é o tempo restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida. Exemplo: condenado a 12 anos de reclusão, o sentenciado obtém livramento condicional ao atingir 5 anos de cumprimento da pena. O tempo do benefício será de 7 anos.

4. Livramento condicional e *habeas corpus*: o *habeas corpus* não é meio idôneo para discutir a concessão ou não do livramento condicional, que necessita de uma série de procedimentos especiais, incompatíveis com o regime célere do remédio constitucional. Nessa linha: “*Habeas corpus* – Livramento condicional – Exigibilidade de análise aprofundada de requisitos objetivos e subjetivos – Inadmissibilidade nos estreitos limites do instituto – Não conhecimento” (JTJ 142/364). Idem: JTJ 144/309, 165/353, 118/548, 120/579, 120/585; TJSP: HC 238.492-3-SP, 1.^a C., rel. Jarbas Mazzoni, 15.09.1997, v. u. Excepcionalmente, pode o tribunal conceder livramento condicional, por meio do *habeas corpus*, caso o indefe-

rimento do juiz seja manifestamente ilegal e todos os documentos necessários para verificar o seu cabimento estejam presentes nos autos: “*Habeas corpus* – Livramento condicional – Traficante de entorpecentes – Impetração perfeitamente instruída com os documentos necessários ao julgamento – Requisitos objetivos e subjetivos preenchidos – Possibilidade, assim, de sua apreciação nos estreitos limites do instituto – Pedido conhecido” (JTJ 119/516).

5. Egresso: é o sentenciado que foi beneficiado pelo livramento condicional, possuindo essa denominação enquanto durar o seu período de prova (art. 26, II, LEP).

6. Requisito objetivo da quantidade de pena fixada na sentença: exige-se que seja igual ou superior a 2 anos. Afinal, penas inferiores a dois anos, que não tenham merecido o *sursis*, também não fazem jus ao livramento, mas, se cumpridas a contento, podem ser convertidas, durante a execução, por restritivas de direitos (art. 180, LEP).

7. Requisito objetivo do tempo de pena cumprida: o condenado primário (em crime doloso) e com bons antecedentes faz jus ao livramento condicional, após cumprir 1/3 da pena. Houve uma lacuna lamentável no tocante ao primário que possua maus antecedentes. Não se pode incluí-lo com perfeita adequação nem neste dispositivo, nem no próximo, que cuida do reincidente. Surgiram duas posições: a) *na falta de expressão previsão, deve ser adotada a posição mais favorável ao condenado*, ou seja, o primário, com maus antecedentes, pode receber o livramento quando completar 1/3 da pena. São as posições de Reale Júnior, Silva Franco e Damásio. Nesse sentido: STJ: “Ao condenado primário, com maus antecedentes, incide o inciso I do art. 83 do Código Penal, razão pela qual sobressai o di-

reito do paciente ao livramento condicional simples, exigindo-se, além dos requisitos objetivos e subjetivos, o cumprimento de 1/3 da pena. A liberdade do cidadão deve vir sempre expressa em lei, não se podendo dar interpretação ampla às regras restritivas de direitos em detrimento do réu” (HC 23.300-RJ, rel. Gilson Dipp, 16.10.2003, *DJ* 24.11.2003, p. 333). Vide, ainda: STJ: HC 39.741-RJ, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 21.06.2005, v. u., *DJ* 22.08.2005, p. 310; TJPR: *RT* 710/322; b) *deve-se fazer a adequação por exclusão*. Não se encaixando no primeiro dispositivo, que, expressamente, exige os bons antecedentes, somente lhe resta o segundo. Assim, o primário com maus antecedentes deve cumprir metade da pena para pleitear o livramento condicional. Nesse sentido: “Benefício pretendido – Acusado portador de *maus antecedentes* – Prazo mínimo para o cumprimento da pena igual ao estabelecido para o reincidente – Art. 83, I, *in fine*, e II, do Código Penal” (*JTJ* 135/481, grifamos). Idem: STJ: 6.^a T., *RSTJ* 14/224. É a posição que adotamos, pois o art. 83, I, exige “duplo requisito” e é expresso acerca da impossibilidade de concessão do livramento com 1/3 da pena a quem possua maus antecedentes.

8. Requisito objetivo do tempo de pena cumprido: para o reincidente em *crime doloso* exige-se o cumprimento de pelo menos metade da pena. Analisou-se, no item anterior, que nesta hipótese também se encaixa o primário com maus antecedentes.

9. Requisito subjetivo do comportamento satisfatório: neste caso, o comportamento diz respeito à vida do sentenciado *após* a condenação. Exigia-se, antes de Reforma Penal de 1984, que houvesse *bom* comportamento, passou-se, depois, a demandar apenas conduta *satisfatória*.

Portanto, uma ou outra falta que viesse a ser cometida poderia ser relevada pelo juiz. São faltas graves: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; fugir; possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; provocar acidente de trabalho; descumprir, no regime aberto, as condições impostas; não observar os deveres previstos nos incs. II e V do art. 39 da Lei de Execução Penal, ou seja, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se e execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Sobre a análise do comportamento: “Embora o parecer do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (fls. 48/51) tenha sido favorável à concessão do benefício, o relatório do Diretor-Geral do Núcleo de Custódia de Brasília demonstra que a penitente foi punida, devido à sua má conduta carcerária, onze vezes em 1985, duas vezes em 1986, uma vez em 1987 e três vezes em 1988, inclusive por ter sido encontrada portando substância tóxica, o que constitui falta grave” (STJ, 6.^a T., rel. Carlos Thibau, *RSTJ* 7/132, mar. 1990). “O registro de fuga é sinal de mau comportamento carcerário, que desautoriza o livramento condicional” (TACRIM/SP, Ag. 1.137.345-3-SP, 2.^a C., rel. Érix Ferreira, 18.03.1999, v. u.). Atualmente, após a edição da Lei 10.792/2003, passa-se novamente a exigir *bom comportamento carcerário*, pois no art. 112, § 2.º, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) faz referência ao *caput*, onde está previsto o referido requisito. Consultar, ainda, a nota 18-A abaixo.

10. Requisito subjetivo do bom desempenho no trabalho: salvo nos estabelecimentos penitenciários onde não houver

possibilidade do condenado trabalhar, a ausência das atividades laboristas é um impedimento à concessão do livramento condicional. Já se teve oportunidade de analisar que o trabalho, durante a execução da pena, não é forçado, mas é obrigatório. Por isso, torna-se importante verificar, no parecer da Comissão Técnica de Classificação, a parte referente ao diretor de produção e atividade laboroterápica, ou seja, se o seu parecer é favorável ou não.

11. Requisito subjetivo da aptidão para trabalho honesto: esse requisito vem contido no parecer da Comissão Técnica de Classificação ou no exame criminológico, demonstrando, por meio da análise da personalidade do condenado, se ele está apto ou não a desempenhar, fora do presídio, uma atividade honesta. Há sentenciados que vivem de ilusão, não assumem em momento algum o crime que cometeram, crêem que são injustiçados pela sociedade e insistem em dizer que não têm qualquer projeto para o futuro. Ora, sob esse prisma psicológico, é possível auferir a sua inaptidão para trabalho honesto. É evidente que não se exige do preso a demonstração potencial de que terá um emprego ao sair da cadeia, pois seria altamente improvável conseguir prova idônea disso.

12. Requisito objetivo da reparação do dano: é preciso que o sentenciado tenha reparado o prejuízo causado à vítima, salvo a efetiva demonstração de que não pôde fazê-lo, em face de sua precária situação econômica. Há muitos condenados que, pelo próprio exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação e por serem defendidos pela defensoria pública, são evidentemente pessoas pobres, de modo que fica dispensada a prova de reparação do dano. Leva-se, também, em conta o desaparecimento da vítima ou seu desinteresse pelo ressarcimento. Nesse prisma: "Livramento

condicional – Benefício concedido – Réu primário – Cumprimento de mais de 1/3 da pena imposta, com bom desempenho no trabalho e aptidão para exercer trabalho honesto – *Não reparação dos danos causados – Irrelevância – Condenado sem rendimentos para tal*" (JTJ 153/332, grifamos). Idem: TJSP: Ag. 204.312-3, Limeira, 6.^a C., rel. Augusto César, 01.08.1996, v. u.

13. Crimes hediondos e equiparados: para os crimes hediondos (homicídio em atividade típica de grupo de extermínio ou qualificado; latrocínio; extorsão com resultado morte; extorsão mediante seqüestro, inclusive na forma qualificada; estupro e atentado violento ao pudor, inclusive na forma qualificada; epidemia com resultado morte; genocídio e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais) e equiparados (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo), previstos na Lei 8.072/90, é necessário cumprir 2/3 da pena, salvo se for reincidente específico, que não terá direito ao livramento condicional. Há *três posições* acerca da reincidência específica: a) quem torna a praticar qualquer dos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos (ex.: latrocínio + tráfico ilícito de entorpecentes); b) quem torna a praticar crime da mesma natureza, ou seja, que protege o mesmo bem jurídico (ex.: extorsão mediante seqüestro + latrocínio); c) quem torna a praticar o mesmo tipo penal (ex.: estupro + estupro). Neste caso, já que a lei não definiu o que vem a ser *reincidência específica*, cremos ser mais adequada a primeira posição, pois todos os delitos da Lei 8.072/90 receberam o mesmo tratamento, de modo que a sua reiteração é igualmente perniciosa à sociedade. Em contrário, sustentando dever ser o mesmo tipo penal, conferir a posição de Marcelo Fortes Barbosa: "Em resumo, só haverá

reincidência específica se o réu praticar outro latrocínio, incidindo novamente no art. 157, § 3.º, do Código Penal, após o trânsito em julgado da primeira condenação por fato idêntico” (*Latrocínio*, p. 48).

14. Concessão do livramento condicional ao condenado por crime hediondo: como já foi mencionado linhas acima, é possível a concessão de livramento condicional ao condenado por crime hediondo, salvo em se tratando de reincidente específico. Ocorre que, para alguns penalistas, seria incompatível o livramento condicional com o regime fechado integral para o cumprimento da pena. Tal assertiva não era verdadeira, pois o livramento não seria regime de cumprimento de pena, mas tão-somente uma maneira de antecipar a liberdade do sentenciado, reduzindo sua pena de prisão, por política criminal. Dessa forma, apesar de estar cumprindo sua pena no regime fechado, sem possibilidade de progressão, poderia, comportando-se adequadamente, antecipar sua liberdade, embora permanecesse em período de prova. Falhando, voltaria ao regime fechado, do qual saiu, não mais podendo obter qualquer benefício. Além disso, o STF considerou inconstitucional a vedação à progressão estabelecida na Lei 8.072/90 (ver a nota 18 ao art. 33). O mesmo foi estabelecido pela edição da Lei 11.464/2007.

15. Constitucionalidade da proibição do livramento ao reincidente específico: não há óbice algum em se proibir a concessão de algum benefício a condenado considerado reincidente em delitos da mesma natureza, o que demonstra sua maior periculosidade e falta de condições de convívio em sociedade. Nessa ótica: STJ: “A norma que proíbe o livramento condicional ao reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado é constitucional, posto que

na ausência de tal instituto, assim como do regime de cumprimento da pena, em sede constitucional, pode o legislador ordinário sobre ele dispor segundo sua competência legislativa, de molde a excluir do benefício determinados indivíduos, seja pela natureza do crime, seja em razão de requisitos subjetivos, tanto mais que a regra geral que se extrai do Texto Magno é no sentido do cumprimento integral da pena, sendo a antecipação da liberdade condicional mera benesse concedida pela lei ordinária” (RHC 8.484-RJ, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 20.04.1999, v. u., DJ24.05.1999, Seção 1, p. 183).

16. Exame de cessação da periculosidade: por ocasião da Reforma Penal de 1984, aboliu-se o sistema do duplo binário, que impunha ao condenado perigoso pena e medida de segurança, de modo que ele somente seria liberado, ao término de sua pena, caso cessasse a sua periculosidade. Entretanto, no tocante ao livramento condicional, manteve-se a análise desse aspecto da personalidade do sentenciado. Para que obtenha o benefício, é preciso demonstrar estar cessada a sua periculosidade; do contrário, não poderá sair em liberdade condicional. Trata-se de uma prognose – juízo de periculosidade que se projeta sobre o futuro, para prever se restaram elementos criminosos que façam prever futuras reincidências (Altavilla, *Psicologia judiciária*, v. 2, p. 403). É a “quase certeza” de que, voltando à sociedade, não tornará a delinquir. Nesse contexto, prevalece o preceito *in dubio pro societate*. Nessa linha: TJSP: Ag. 268.952-3-SP, 6.ª C., rel. Augusto César, v. u., 04.03.1999. Aos condenados por crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, tal exame é indispensável. Assim: “Livramento condicional – Benefício pretendido – Cumprimento de mais da metade da pena – Irrelevância – Crime do-

loso cometido com violência – *Delinqüente contumaz, apresentando ainda agressividade latente* – Agravo não provido” (JTJ190/351, grifamos). No mesmo sentido, afirmando ser impossível liberar o condenado sem o requisito subjetivo da presunção de que não voltará a delinquir, está a maioria da jurisprudência: TJSP: Ag. 266.615.3-SP, 1.^a C., rel. Antônio Manssur, 03.05.1999, v. u.; TACRIM/SP (atual TJSP): Ag. 1.145.555-0-SP, 4.^a C., rel. Marco Nahum, 25.05.1999, v. u.; Ag. 1.149.077-9-SP, 2.^a C., rel. Barbosa de Almeida, 18.10.1999, v. u.; AgExec 1.263.781-6, Araçatuba, 2.^a C., rel. Euvaldo Chaib, 30.08.2001, v. u. Especificamente sobre a realização do exame criminológico, há duas posições: a) *é indispensável*: TJSP: RT 689/344; b) *é dispensável*, se há outros elementos nos autos que podem demonstrar a cessação de periculosidade. Entendemos que o exame criminológico, como peça autônoma, é dispensável, desde que possa ser suprido pelo parecer pormenorizado da Comissão Técnica de Classificação, que também conta com profissionais habilitados na área psiquiátrica e psicológica. Não se devem admitir, no entanto, singelos atestados de boa conduta carcerária emitidos por delegacias de polícia ou cadeias sem a menor estrutura para a constatação da cessação de periculosidade. Sobre a modificação introduzida pela Lei 10.792/2003 ao art. 112, § 2.º, da Lei 7.210/84, consultar a nota 18-A abaixo.

17. Parecer do Conselho Penitenciário: segundo o art. 131 da Lei de Execução Penal, é indispensável o parecer do Conselho Penitenciário. Assim também: TJSP: “Muito embora a Lei 10.792/2003 tenha alterado o art. 70, I, da Lei de Execução Penal, e abolido a incumbência do Conselho Penitenciário de emitir parecer sobre livramento condicional, o fato é que o art. 131 do segundo diploma le-

gal mencionado não foi modificado, e ele exige a oitiva daquele Egrégio Conselho na concessão do aludido benefício” (HC 464.483-3/9, 4.^a C., rel. Hélio de Freitas, 30.11.2004, v. u.). Entretanto, o juiz não fica, em tese, vinculado nem ao referido parecer, nem à opinião do Ministério Público, podendo decidir de acordo com seu livre convencimento. O mais importante, nesse contexto, é a avaliação da Comissão Técnica de Classificação (ou exame criminológico), porque se trata da visualização real do comportamento do condenado durante a execução da pena. O magistrado não acompanha o preso no seu cotidiano, de modo que está impossibilitado de desmentir o parecer da mencionada Comissão, a não ser que possua elementos concretos, o que é bastante difícil. É a lúcida posição jurisprudencial: TJSP: “Pareceres favoráveis da Comissão Técnica de Classificação e do Conselho Penitenciário – Decisão que nega o pedido fundada na gravidade do delito (latrocínio) e na perversidade do agente – Considerações judiciais que não afastam, nos termos do parágrafo único do art. 83 do Código Penal, o direito ao benefício – Recurso provido” (Ag. 243.462-3-SP, 3.^a C., rel. Walter Guilherme, 30.12.1997, v. u.). Ver a nota 18-A seguinte.

18. Livramento condicional cautelar: trata-se de uma hipótese surgida na Vara das Execuções Penais de São Paulo, por conta do posicionamento de alguns magistrados interessados em obter uma forma intermediária para libertar o réu, sem a necessidade de transferi-lo para o desacreditado regime aberto, na modalidade de albergue domiciliar – onde inexistente qualquer fiscalização eficaz – e não desejando aguardar, por longo período, o parecer, por vezes demorado, do Conselho Penitenciário. Assim, concede-se o *livramento condicional cautelar*, colocando o sentenciado

em liberdade, aguardando-se o referido parecer. Se for positivo, pode-se consolidar o benefício anteriormente deferido na forma antecipada através do poder geral de cautela do juiz; sendo negativo, pode-se revogar o benefício, fazendo o liberado retornar ao regime de onde saiu. Instaurou-se uma polêmica na jurisprudência por conta disso, formando-se *duas posições*: a) *é possível tal concessão*: “De outra parte, sem embargo de não estar regulada, expressamente, na lei, tem-se admitido a aplicação de providência cautelar no âmbito das execuções criminais, por exemplo, na hipótese de regressão provisória de regime prisional, decorrente da prática de falta grave (fuga) do detento. Em tal situação, visando a evitar-se a frustração da execução pelo condenado, legitima-se a adoção de medida cautelar, que se insere no poder cautelar do Juiz da Execução, como forma de ‘zelar pelo correto cumprimento da pena’, nos termos do art. 66, VI, da LEP. Nesse sentido, vem se cristalizando a jurisprudência deste E. Tribunal de Alçada Criminal [atual TJSP] (*RJDTACRIM* 34/458, 30/384). O Pretório Excelso já abonou esse entendimento: ‘Aliás, não é estranho ao âmbito da execução qualquer provimento de cautela, destinado ao cumprimento da pena, pois, se ao Estado é dado impô-la, é dado, também, assegurar-lhe o cumprimento’ (HC 76.271-5-SP, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 24.03.1998, *DJU* 18.09.1998). (...) A situação discutida neste processo também é especial: o agravado faz jus ao regime aberto, mas não existe estabelecimento prisional adequado (casa do albergado) para o cumprimento da pena no regime indicado. E a concessão da modalidade domiciliar esbarra em vedação legal, pois está restrita, única e exclusivamente, às hipóteses contempladas no art. 117 da Lei 7.210/84, não se enquadrando o agravado em nenhuma das situações ali previstas. Não se justificando a concessão de prisão

domiciliar fora dos casos taxativamente enumerados no art. 117 da Lei de Execução Penal (STF RE 118.565-1-SP, 1.^a T., rel. Octavio Gallotti, 17.03.1989, *DJU* 21.04.1989, in *RJDTACRIM* 1/235-6), por importar na infringência da lei e na soltura de presos condenados, às vezes, por crime violento contra a pessoa (*RJDTACRIM* 3/34), buscou a decisão agravada atender o interesse individual do condenado (colocando-o em liberdade), sem desatender o interesse coletivo maior da sociedade (evitando a absoluta impunidade que resulta da concessão da prisão domiciliar, onde não há qualquer fiscalização do cumprimento da pena). A solução adotada é melhor que a pretendida no recurso, porque, bem observou-se no parecer ministerial, ‘o livramento condicional é mais amplo e sujeitará o agravado a condições que permitam demonstrar que efetivamente assimilou a terapêutica penal. A pena, nesse caso, ficará suspensa e, uma vez cumpridas as condições impostas, estará livre definitivamente do encarceramento’. (...) E a sentença não desborda dos limites do pedido inicial, pois concedeu-se, em caráter excepcional e cautelar, o livramento condicional, que importa no cumprimento da pena em regime aberto, como pleiteado pelo agravado” (TACRIM/SP [atual TJSP]: Ag. 1159851/7-SP, 14.^a C., rel. Renê Ricúpero, 21.09.1999, v. u.). Idem: TACRIM/SP [atual TJSP]: Ag. 1087523/2, São Paulo, 2.^a C., rel. José Urban, 16.04.1998, v. u.; b) *não é possível*, porque não prevista em lei, bem como porque é decisão não pedida pelo condenado e o juiz estaria decidindo *extra petita*, de modo mais gravoso, ferindo a ampla defesa e o contraditório: TJSP: Ag. 249.710.3/8-SP, 5.^a C., rel. Denser de Sá, 04.06.1998, v. u.; Ag. 246.971.3/6-SP, 6.^a C., rel. Irineu Pedrotti, 19.03.1998, v. u.; TACRIM/SP [atual TJSP]: Ag. 1085559/2-SP, 8.^a C., rel. Ericson Maranhão, 12.03.1998, m. v.; Ag. 1085563/4, São Paulo, 5.^a C.,

rel. Nogueira Filho, 04.03.1998, v. u.; Ag. 1085993/7-SP, 6.^a C., rel. Mathias Coltro, 04.03.1998, v. u.; Ag. 1087151/2-SP, 9.^a C., rel. Moacir Peres, 11.03.1998, v. u.; Ag. 1085795/3-SP, 1.^a C., rel. Eduardo Goulart, 05.03.1998, v. u.; Ag. 1089335/1-SP, 2.^a C., rel. Rulli Júnior, 19.03.1998, v. u.; Ag. 1087143/3-SP, 8.^a C., rel. Lopes de Oliveira, 19.03.1998, v. u. A despeito da boa vontade dos magistrados que concedem o livramento condicional cautelar, parece-nos impossível a sua aceitação, não somente pela falta de expressa previsão legal – ferindo o caráter jurisdicional da execução, que obedece ao devido processo legal –, mas sobretudo porque a defesa discorda, em grande parte, dessa possibilidade. Se o condenado deseja obter o regime aberto, podendo fazê-lo, não cabe ao juiz vedar tal possibilidade criando uma solução mais gravosa.

18-A. Exame criminológico, parecer da Comissão Técnica de Classificação e do Conselho Penitenciário: continuam viáveis e exigíveis, desde que presentes as circunstâncias descritas no parágrafo único do art. 83. O condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para auferir o benefício do livramento condicional, deve ser submetido a avaliação psicológica, demonstrando, então, condições pessoais que façam presumir que não tornará a delinquir. Houve a introdução do § 2.^o ao art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), nos seguintes termos: “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”. Ora, o art. 112, *caput*, menciona que a progressão de regime se dará quando o condenado tiver cumprido ao menos um sexto da pena e *ostentar bom comportamento carcerário*, comprovado pelo diretor do estabeleci-

mento prisional. Poderia, num primeiro momento, o disposto no mencionado § 2.^o do art. 112 dar a entender que bastaria, para a concessão do livramento condicional, o atestado de boa conduta carcerária, embora seja interpretação errônea. Note-se que a Lei 10.792/2003, que trouxe a alteração ao art. 112, não modificou o disposto no parágrafo único do art. 83, que exige o exame criminológico para quem pretenda conseguir livramento condicional, desde que autor de crime doloso violento, bem como não alterou o disposto no art. 131 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), prevendo ser a concessão do livramento submetida às condições do art. 83 e *parágrafo único*, com parecer prévio do MP e do Conselho Penitenciário. Assim, quanto à alteração legislativa, deve-se entender que a nova lei (Lei 10.792/2003) trouxe apenas uma modificação ao art. 83: falava-se, no inciso III, que era necessário demonstrar *comportamento satisfatório* durante a execução da pena (o que é demonstrado pelo atestado de conduta carcerária da direção do presídio); passa-se agora a exigir *bom comportamento carcerário*, voltando-se à redação anterior à reforma de 1984. Logo, trata-se de lei penal prejudicial, que somente pode ser aplicada aos crimes cometidos após o dia 2 de dezembro de 2003, data em que passou a vigorar a Lei 10.792/2003. O condenado, portanto, que possuir comportamento satisfatório, ou seja, regular, por crime cometido após essa data, não mais pode obter livramento condicional. Este benefício passa a ser utilizado pelos que possuírem *bom comportamento*. Conferir: STJ: “I – Para a concessão do benefício do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 112 da LEP, com redação dada pela Lei 10.792/2003, podendo o Magistrado,

excepcionalmente, determinar a realização do exame criminológico, diante das peculiaridades da causa, desde que o faça em decisão concretamente fundamentada (cf. HC 88052/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 28.04.2006). (Precedentes). II – Dessa forma, *muito embora a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal não mais exija o exame criminológico, esse pode ser realizado, se o Juízo da Execução, diante das peculiaridades da causa*, assim o entender, servindo de base para o deferimento ou indeferimento do pedido (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso/Informativo STF 439). III – Evidenciado, *in casu*, que o Juízo de 1.º grau dispensou a realização do exame criminológico, concedendo o benefício do livramento condicional ao paciente, não é permitido ao e. Tribunal *ad quem* reformar esta decisão, e, por conseguinte, determinar prévia oitiva do Conselho Penitenciário, sem a devida fundamentação, ou condicionar o benefício a requisitos que não os constantes no texto legal. (Precedentes)” (HC 93.416-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 21.02.2008, v. u., grifamos). TJSP: “Ao contrário do que estão entendendo os nobres impetrantes, a abolição do exame criminológico pela Lei 10.792/2003, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, não exonerou o juiz do exame desse requisito. Cuida-se de requisito de grande importância para a concessão do livramento condicional, porque está relacionado com a ausência ou cessação da periculosidade do condenado. O juiz não pode correr o risco de colocar em liberdade sentenciado que ainda denota propensão para o crime e que irá colocar em perigo a ordem pública. O magistrado poderá formar a sua convicção com base nos elementos de prova trazidos para a instrução do pedido de livramento condicional ou com os dados do próprio processo de execução” (HC 464.483-3/9, 4.ª C., rel. Hélio de Freitas, 30.11.2004, v. u.).

Soma de penas

Art. 84. As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento.¹⁹

19. Soma das penas para efeito de livramento: é possível que o condenado possua penas fracionadas, nenhuma igual ou superior a dois anos, de modo que lhe seria impossível obter o livramento condicional, conforme disposição do art. 83, *caput*. Entretanto, pode-se realizar a soma das penas, o que é medida salutar de política criminal, para que o sentenciado possa atingir a liberdade antes do término de sua pena.

Especificações das condições

Art. 85. A sentença especificará as condições a que fica subordinado o livramento.²⁰⁻²¹

20. Condições obrigatórias para o livramento condicional: são as seguintes: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho. Nesse caso, o juiz deve ter redobrado bom senso, pois pessoas sem qualquer condenação têm encontrado dificuldades para arranjar um emprego, quanto mais o sentenciado em liberdade condicional; b) comunicar ao juízo sua ocupação periodicamente; c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização (art. 132, § 1.º, LEP).

21. Condições facultativas para o livramento condicional: são elas: a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em horário fixado; c) não frequentar determinados lugares (art. 132, § 2.º, LEP).

Revogação do livramento^{21-A}

Art. 86. Revoga-se o livramento,²² se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível:

I – por crime cometido durante a vigência do benefício;²³⁻²⁴

II – por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código.²⁵⁻²⁶

21-A. Revogabilidade do livramento condicional: é da sua própria essência poder ser revogado a qualquer tempo, tendo em vista que se cuida de uma antecipação da liberdade, submetida a rigorosos requisitos para sua manutenção. Aníbal Bruno, nesse contexto, ensina que “o livramento condicional é um ensaio de libertação em que se põe à prova a capacidade do condenado para a reintegração na vida livre sem perigo para a ordem de Direito. Assim, é por sua própria natureza revogável” (*Das penas*, p. 200).

22. Prévia oportunidade de defesa: para a revogação, é sempre indispensável ouvir, antes, o liberado, permitindo-lhe o direito de defesa. Nesse sentido: TACRIM/SP [atual TJSP]: “Revogação do livramento condicional sem que o interessado fosse ouvido – Inadmissibilidade – Postergação do direito de defesa assegurado no art. 730 do CPP – HC concedido” (RT 550/331). E ainda: STJ: “A LEP consagrou a jurisdicionalização da pena. O condenado deixou de ser objeto e passou a sujeito da execução. Assim, o contraditório (art. 5.º, LV) não pode ser olvidado. Compreende tanto o processo judicial como o administrativo. (...) Em qualquer caso, porém, impõe-se o direito de defesa” (6.ª T., rel. Cernicchiaro, RSTJ 65/122, jan. 1995).

23. Condenação por crime cometido durante o curso do livramento: o juiz pode ordenar a prisão do liberado, suspendendo

o livramento, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, até final decisão da Justiça. Nessa linha a jurisprudência: STJ: “É possível mandar recolher o liberado de imediato quando o imponham as circunstâncias para depois ouvi-lo a respeito” (RT 668/332). A revogação somente ocorrerá em caso de condenação irrecorrível (art. 145, LEP). Assim acontecendo, não se decreta extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença que deu causa à suspensão (art. 89, CP). Não se admite, como causa de revogação obrigatória, o cometimento de contravenção penal, ainda que resulte em pena privativa de liberdade (como a prisão simples). Consultar, ainda, a nota 29 infra.

23-A. Crime cometido antes da liberação, mas após a concessão do livramento condicional: não dá margem à suspensão e revogação do benefício. A lei é clara ao determinar que é causa de revogação do livramento condicional a prática de crime durante a vigência do benefício. Portanto, ainda que o condenado tenha cometido o delito após a concessão do benefício, mas antes da efetiva liberação, não pode ocasionar a revogação. Nessa linha: TJSP: “Pouco importa se o conhecimento pelo Juiz de crime praticado pelo preso ocorreu após a concessão do livramento condicional, porque a sustação deste somente é admissível, conforme o art. 145 da Lei de Execuções Penais, se o fato ocorreu após a liberação, nunca antes” (HC 417.551-3/0-SP, 2.ª C., rel. Silva Pinto, 30.06.2003, v. u., JUBI 86/03).

24. Decisão da revogação do livramento, em decorrência de condenação, prescinde de fundamentação: em razão de expressa previsão legal, não há necessidade de o magistrado motivar sua decisão. Conferir: STJ: “Sobrevindo condenação irrecorrível à pena privativa de liberdade por crime cometido anteriormente à concessão do livra-

mento condicional, impõe-se a revogação do benefício, por imperativo legal, nos termos do disposto no inciso II do art. 86 do Código Penal. Logo, por se tratar de revogação obrigatória, não carece de fundamentação a decisão do Juízo das Execuções que, embora sucinta, revoga o benefício fazendo alusão ao dispositivo legal” (RHC 8.897-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 07.10.1999, v. u., DJ 08.11.1999, p. 80).

25. Condenação definitiva por crime anterior ao livramento: nesse caso, a revogação somente se dará se a pena recebida, somada àquela que permitiu o livramento, torne incompatível o gozo da antecipação da liberdade. Ex.: o réu, condenado a 10 anos, tendo cumprido 4 anos, obtém livramento condicional. Posteriormente, faltando ainda 6 anos, é condenado a 15, por outro crime, cometido antes do benefício. Sua pena total é de 25 anos, de modo que se torna incompatível receber livramento condicional tendo cumprido somente 4 anos, ou seja, menos de 1/5 da pena.

26. Livramento insubsistente: quando o condenado foge do presídio após a concessão do livramento condicional, mas antes da cerimônia obrigatória determinada pelo art. 137 da Lei de Execução Penal, não é caso de revogação, mas de torná-lo *insubsistente* (TACRIM/SP (atual TJSP), Ag. 1156851/3-SP, 10.^a C., rel. Vico Mañas, 25.08.1999, v. u.).

Revogação facultativa

Art. 87. O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença,²⁷⁻²⁸ ou for incorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.²⁹

27. Falta de cumprimento das obrigações fixadas: o juiz pode revogar o be-

nefício, devendo, sempre que for possível, além de ouvir antes o liberado, fazer nova advertência, reiterando-lhe as condições estabelecidas ou até mesmo agravando tais condições (art. 140, parágrafo único, LEP).

28. Revogação do livramento baseado na perda dos dias remidos: impossibilidade. Não há que se confundir a falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade para o efeito de provocar a perda dos dias remidos com as causas de revogação do livramento condicional. Nesse sentido: STJ: “A regra do art. 127 da Lei de Execução Penal, que prevê a perda do direito ao tempo remido em razão do cometimento de falta grave, somente incide na fase de cumprimento da pena restritiva de liberdade, não repercutindo no benefício de livramento condicional, susceptível apenas de revogação, ocorrente nas exclusivas hipóteses dos arts. 86 e 87 do Código Penal” (HC 8.244-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 26.10.1999, m. v., DJ 29.11.1999, p. 201).

29. Condenação por crime ou contravenção à pena de multa ou restritiva de direitos: a lei não faz referência à prisão simples, de modo que, em tese, essa modalidade de pena não permitiria a revogação do benefício. Nessa hipótese, no entanto, deve prevalecer o prudente critério do juiz, pois uma condenação por contravenção penal, cometida durante o prazo do livramento, pode ser grave, permitindo a revogação (porte de arma branca, por exemplo) ou não (perturbação do sossego abusando de instrumentos sonoros). Lembremos que, para haver coerência com o art. 86, I (causas de revogação obrigatória), é preciso que o delito ou contravenção, de onde se originou a pena restritiva de direitos ou multa, deve ser praticado durante a vigência do livramento.

Efeitos da revogação

Art. 88. Revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido, e, salvo quando a revogação resulta de condenação por outro crime anterior a aquele benefício, não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado.³⁰

30. Efeitos da revogação: são os se-

guintes: a) réu condenado por crime (e não contravenção) cometido anteriormente à concessão do livramento condicional, cujo montante da pena não permita que continue em liberdade, pode obter novo livramento, e o período em que esteve no gozo do benefício é computado como cumprimento de pena (art. 728 do CPP: "Se a revogação for motivada por infração penal anterior a vigência do livramento, computar-se-á no tempo da pena o período em que esteve solto o liberado, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas"); b) réu condenado por crime (e não contravenção) cometido durante a vigência do livramento não pode obter novo livramento, e o tempo em que ficou em liberdade é desprezado para fins de cumprimento de pena. Em tese, poderá obter livramento condicional na segunda condenação; c) réu perde o benefício do livramento porque descumprir as condições impostas ou foi condenado por crime ou contravenção a pena de multa ou restritiva de direitos durante o prazo do livramento: não pode mais obter livramento quanto a esta pena e não se computa o tempo em que esteve solto como cumprimento da pena. Assim: TJMG: RT 694/357.

Extinção

Art. 89. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o

31. Prorrogação automática do prazo do livramento: quando o condenado estiver respondendo a processo por crime cometido durante a vigência do benefício, prorroga-se automaticamente o período a fim de se constatar se não era o caso de revogação obrigatória (art. 86, I, CP). Em sendo condenado definitivamente, o livramento será revogado com as consequências fixadas no art. 88. Na jurisprudência: STJ: "A condenação irreversível a pena privativa de liberdade por crime cometido durante o período de prova consubstancia hipótese legal de revogação obrigatória do livramento condicional, razão pela qual a prática desse novo delito torna impositiva a suspensão do aludido benefício e a prorrogação do período de prova. O juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não transitar em julgado a sentença proferida no processo atinente ao delito cometido no curso do livramento condicional" (HC 35.307-RJ, 6.^a T., rel. Paulo Medina, 19.10.2004, v. u., DJ 16.11.2004, p. 330). Em contrário: STJ: "A suspensão do curso do livramento condicional até a decisão definitiva do processo resultante da imputação da prática do crime durante a sua vigência é medida cautelar, dependente de decisão judicial específica. Não tendo havido a suspensão cautelar, corre sem óbice o prazo do livramento, cujo termo, sem revogação, implica extinção da pena" (HC 34.746-RJ, 6.^a T., rel. Hélio Quaglia Barbosa, 21.10.2004, m. v., DJ 19.09.2005, p. 387). Da mesma Corte: "Embora em julgamentos anteriores a Relatoria tenha entendido que, em obediência ao comando do art. 89 do Código Penal, não há como se reconhecer a extinção da pretensão punitiva estatal no caso de cometimento de novo crime pelo condenado em liberdade condicional, sobretudo quando há prisão

em flagrante, a jurisprudência majoritária desta Quinta Turma é no sentido contrário, vedando a revogação do benefício se o Juiz da Execução não determina a suspensão ainda no período de prova. Precedentes” (RO em HC 16.383-RJ, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 23.11.2004, v. u., *Bol. AASP* 2.433). Em sentido diverso, mais flexível: STF: “A Turma concedeu, de ofício, *habeas corpus* para declarar extinta a pena privativa de liberdade objeto do livramento condicional deferido ao paciente, cujo período de prova findara em data anterior a da sentença condenatória relativa a segundo delito. (...) Quanto à questão de fundo, aplicou-se o entendimento firmado pela Corte no sentido de que se considera extinta a pena privativa de liberdade com o término do período de livramento condicional se não houve a sua revogação nem a suspensão cautelar do curso do benefício por decisão judicial. Precedentes citados: HC 81.879/SP (DJU de 20.09.2002) e RHC 85.287/RJ (DJU de 08.04.2005)” (HC 88.610-RJ, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 05.06.2007, v. u., *Informativo* 470”).

Art. 90. Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta³² a pena privativa de liberdade.³³⁻³⁵

32. Natureza da decisão que considera extinta a pena: declaratória, pois a própria lei estabelece que, findo o livramento, sem revogação, “considera-se extinta a pena”. Lembre-se que, caso o condenado esteja respondendo por novo delito, cometido durante o prazo do livramento, está automaticamente prorrogado o seu término (art. 89). Há quem defenda que, terminado o período do livramento, não há como exigir qualquer condição para a extinção da punibilidade: STJ: “Uma vez cumpridas as condições e expirado o prazo do livramento condicional sem

revogação (art. 90 do Código Penal), a pena é automaticamente extinta, sendo flagrantemente ilegal a subordinação da declaração de extinção à constatação da prática de eventuais delitos durante o período de prova” (RHC 8.363/RJ, rel. Fernando Gonçalves, 6.^a T., 20.04.1999, v. u., *DJ* 24.05.1999, Seção 1, p. 202, grifamos).

33. Livramento condicional para estrangeiro: é controversa a possibilidade de estrangeiro obter livramento condicional. Posiciona-se, *majoritariamente*, a jurisprudência no sentido negativo. A única forma de romper essa barreira será o estrangeiro provar ter visto permanente no Brasil, endereço fixo e demonstrar, por certidão, não ter sido expulso: STF: *RT* 630/377, *RT* 629/393. Idem com a seguinte ementa: Tcrim/SP [atual TJSP]: “Livramento condicional – Benefício negado – Envolvimento em grave delito, com decreto de expulsão condicionado ao cumprimento das penas a que condenado no Brasil – Presunção de nocividade social – Irrelevância do preenchimento dos requisitos do art. 83 e parágrafo único do CP – Pena que deve ser integralmente executada” (*RT* 619/323). Alega-se que, sem vínculo com o País e se estiver sob a perspectiva de ser expulso por causa do crime cometido, nada o obrigará a cumprir as condições do seu benefício. Por isso, o ideal é que cumpra sua pena em regime fechado para, depois, deixar o território nacional. Nesse caso, diferentemente da hipótese do *sursis* e das penas alternativas (consultar a nota 16 ao art. 77), cuida-se da prática de crime grave, sujeito a regime carcerário mais severo (fechado ou semi-aberto), pois do contrário não seria cabível falar em concessão de livramento condicional. Assim, esse benefício torna-se inviável. Se for concedido, espera-se que, estando em liberdade, o condenado estrangeiro, sem vínculo com o Brasil, seja expulso. Ora, se tal ocorrer, ele não cumprirá pena em seu

país de origem, pois sentenças estrangeiras não são executadas para tal finalidade, o que resultará em desprestígio para o Poder Judiciário nacional. Por outro lado, cumprindo sua pena em regime carcerário, finda a condenação, deve ser expulso, sem mais nada dever à Justiça brasileira. Logicamente, torna-se fundamental excepcionar os casos de condenados provenientes do Canadá, Argentina e Chile, uma vez que tais países possuem tratado específico com o Brasil para a troca de presos, razão pela qual a sentença condenatória brasileira pode ser reconhecida nesses lugares, valendo, então, o cumprimento do livramento condicional no exterior.

34. Expulsão do estrangeiro antes do cumprimento da pena: é possível, diante do preceituado pelo Estatuto do Estrangeiro, pois constitui ato discricionário do Presidente da República. Nesse sentido: STF: HC 75.147, 2.^a T., rel. Néri da Silveira, 28.05.1997, v. u., DJ 05.11.1999, p. 4. Entretanto, se o Presidente determinar a expulsão somente após a sentença condenatória ser cumprida, é viável até, antes disso, colocar o preso em livramento condicional, aguardando-se o seu término para haver extradição: STF: HC 79.157-CE, Pleno, rel. Néri da Silveira, 10.06.1999, v. u., DJ 06.08.1999, p. 7.

35. Competência para concessão do livramento condicional: cabe ao juiz das execuções penais do lugar onde o preso cumpre pena, mesmo que ele esteja em outra unidade da Federação. Ver: STJ: RT 655/355; RSTJ 13/74.

Capítulo VI

DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO¹

1. Conceito e natureza jurídica dos efeitos da condenação: são os efeitos se-

cundários ou acessórios da sentença. Como ensina Frederico Marques, “ao lado dos efeitos que a condenação produz como ato jurídico, consequências dela derivam como fato ou acontecimento jurídico. A sentença condenatória, de par com seus efeitos principais, tem o que alguns denominam efeitos ‘reflexos e acessórios’, ou efeitos indiretos, que são consequência dos efeitos principais, ou efeitos da sentença como fato jurídico”. O efeito principal da sentença condenatória é fixar a pena. Outros efeitos podem daí advir: são os secundários, que não devem ser confundidos com as antigas *penas acessórias*, extintas por ocasião da Reforma Penal de 1984. Entretanto, é indiscutível que alguns dos chamados “efeitos da condenação” – especialmente os do art. 92 do Código Penal – ganharam ares de penas acessórias *camufladas*. Dessa opinião comunga Jair Leonardo Lopes (*Curso de direito penal*, p. 249). As extintas penas acessórias – definidas pela doutrina como “sanção especial, de natureza complementar, expressiva de restrições impostas à capacidade jurídica do condenado” (cf. Bento de Faria, citado por Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 3) – eram as seguintes: “perda de função pública, eletiva ou de nomeação”, “interdições de direitos” e “publicação da sentença” (art. 67 do Código Penal de 1940). Dentre as interdições de direitos estava a “incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela”. Ora, quem conferir a relação dos efeitos da condenação prevista no art. 92 do Código Penal atual pode notar, com clareza meridiana, que lá estão as antigas “penas acessórias”, agora com o nome de “efeitos da condenação”. Dir-se-ia que as penas acessórias diferem dos efeitos da condenação porque estes, ao menos no caso do art. 92, como se vai analisar, são facultativos. Ocorre que as penas acessórias, segundo vários julgados do STF da época, também não decorriam

automaticamente da sentença condenatória, merecendo ser impostas e fundamentadas pelos magistrados. Outros poderiam dizer que a diferença concentra-se no fato de as penas acessórias dependerem das principais e sua aplicação estar jungida à graduação que a sentença tenha dado à pena privativa de liberdade. Assim também muitos dos efeitos da condenação (vide, no art. 92, o inciso I, *a* e *b*, que trata do *quantum* da pena, bem como o inciso II, que menciona o tipo de pena privativa de liberdade necessário). As antigas penas acessórias apenas ganharam melhor denominação jurídica. De fato, os efeitos do art. 92 são, como dizem Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo, “sanções jurídicas, visando a consequências outras que não de caráter penal. Não guardam cunho retributivo. Estão presididos pela finalidade de prevenção, na medida em que inviabilizam a manutenção de situações que propiciam a prática do fato delituoso, assim o desestimulando” (*Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 259). Nesse prisma, é mais apropriado falar em “efeitos da condenação” do que em “penas acessórias”, além de se evitar sempre a impressão de estar o Estado conferindo ao condenado duas penalidades pelo mesmo fato – a principal e a acessória –, num abrigo ilógico para o malfadado *bis in idem*. Apesar da alteração da nomenclatura, embora mantidas no sistema penal, não faltam críticos para sua existência. Ensina Jair Leonardo Lopes que elas “não educam, nem corrigem, porque não têm mobilidade na execução; elas não estimulam, porque humilham o condenado no seio da sua família (incapacidade para o exercício do pátrio poder ou da autoridade marital), no seio da sociedade (suspensão dos direitos políticos), no meio do grupo profissional (incapacidade para a profissão ou atividade). Elas acompanham o condenado, silenciosamente, como uma sombra negra, que não o ajuda, que não

lhe desperta outro sentimento senão o da própria inferioridade” (tese de concurso, *Da reabilitação no direito penal*, in *Curso de direito penal*, p. 250).

Efeitos genéricos e específicos²

Art. 91. São efeitos da condenação:

I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;³

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;⁴

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.^{4-A-4-B}

2. Efeitos penais e extrapenais da sentença penal condenatória: a sentença condenatória produz efeitos secundários de *duas ordens*: a) *penais* (tais como impedir ou revogar o *sursis*, revogar o livramento condicional ou a reabilitação, lançar o nome do réu no rol dos culpados, propiciar a reincidência etc.); b) *extrapenais* (cuja atuação se dá fora do âmbito penal), subdividindo-se em *genéricos* e *específicos*, previstos nos arts. 91 e 92 do Código Penal.

3. Efeito genérico de tornar certa a obrigação de reparar o dano: trata-se de efeito automático, que não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória e destina-se a formar título executivo judicial para a propositura da ação civil *ex delicto*. Vale mencionar o seguinte alerta de Frederico Marques: “Se a sentença penal reconhece que o fato típico não é ilícito em virtude da ocorrência de uma das justificativas do art. 23 do Código Penal, ilicitude também não existe no Direito

Civil, e isto em face do próprio artigo do Código Civil, que exclui a antijuridicidade do ato danoso quando há legítima defesa, exercício regular de um direito e o estado de necessidade (art. 160, ns. I, II) [atual art. 188, I e II]. Todavia, apesar de no estado de necessidade o ato agressivo se considerar lícito, eximido não se encontra seu autor de indenizar os prejuízos causados. Vigora aí o princípio, segundo expõe Alceu Cordeiro Fernandes, de que, 'embora lícito o ato, isto é, praticado de conformidade com o direito, cria, não obstante, para o agente a obrigação de indenizar, por isso que causa dano, diminui o patrimônio de outrem'. (...) A aplicação dos arts. 1.519 e 1.520 [atuais arts. 929 e 930] do Código Civil, depois de absolvido criminalmente o acusado em virtude do estado de necessidade, não significa violação do art. 65 do Código de Processo Penal. O juiz civil aceitou, como não poderia deixar de acontecer, o que reconheceu o juiz penal; todavia, mesmo em estado de necessidade, mesmo praticando um ato lícito, o causador do prejuízo deve repará-lo, porque assim o determina o Código Civil" (*Tratado de direito penal*, v. III, p. 377). Nesse caso, a sentença penal faz nascer o título executório, sem mais discussão sobre a culpa (*an debeat*), restando a análise do valor da indenização (*quantum debeat*). Após a reforma introduzida pela Lei 11.719/2008, tornou-se possível, também, a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para a indenização civil em decorrência da prática da infração penal (art. 387, IV, CPP). Sob outro prisma, a sentença absolutória não serve de título executivo, aplicando-se-lhe, entretanto, o disposto nos arts. 64 e 66 do Código de Processo Penal. Quando houver anistia, permanece o dever de indenização na esfera cível. No caso de prescrição da pretensão executória, mantém a sentença a sua força de título executório, o mesmo não ocorrendo com a prescrição da preten-

são punitiva. Nesta situação, deve a vítima discutir, no cível, a culpa do réu.

4. Efeito genérico da perda em favor do Estado de bens e valores de origem ilícita: é a hipótese do confisco, também automática, sem necessidade de ser declarada pelo juiz na sentença, largamente utilizada na antiguidade como pena total ou parcial. Nessa época, no entanto, terminava atingindo inocentes, como a família do réu, que perdia bens lícitamente adquiridos por força de uma condenação que não deveria passar da pessoa do criminoso. Era medida desumana e injusta, até que, hoje, não mais se admite o confisco atingindo terceiros não participantes do delito (art. 5.º, XLV, CF). Os efeitos da condenação não mais se relacionam com essa modalidade de pena odiosa, porque só afetam instrumentos usados para a prática do delito ou o produto conseguido pela atividade criminosa, nada possuindo de aberrante. Os instrumentos que podem ser confiscados pelo Estado são os ilícitos, vale dizer, aqueles cujo porte, uso, detenção, fabrico ou alienação é vedado. Ex.: armas de uso exclusivo do Exército ou utilizadas sem o devido porte; documentos falsos; máquinas de fabrico de dinheiro etc. Não cabe para instrumentos de uso e porte lícitos: cadeira, automóvel, faca de cozinha etc. Exemplo interessante é encontrado na jurisprudência, autorizando a liberação do dinheiro, na esfera penal, apreendido em tentativa de evasão de divisas (sujeito é preso em revista feita pela Polícia Federal, buscando sair do Brasil com R\$ 30.000,00 em moeda nacional rumo ao Paraguai), por não se tratar de coisa ilícita (TRF-4.ª Região, Ap. 1999.70.02.004110-8-PR, 7.ª T., rel. Vladimir Freitas, 30.04.2002, v. u.). Como exceção, pode-se mencionar o confisco especial previsto na Lei de Tóxicos, que recai sobre veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim

como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão. A Constituição Federal também menciona o confisco de glebas usadas para a cultura de plantas psicotrópicas, sem pagamento de qualquer tipo de indenização (art. 243). Quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinqüente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário. O art. 91, II, *a e b*, CP, não fala na possibilidade de confisco no caso de contravenção penal, pois utiliza a palavra *crime* (instrumentos do crime e produto do crime), mas a *jurisprudência majoritária* prevê a possibilidade de esse efeito da condenação ser usado no contexto das contravenções penais. Onde está escrito “crime” leia-se “infração penal”. Trata-se, de fato, da interpretação mais sintonizada com a finalidade da norma penal. Nessa ótica: STJ: “Contravenção penal – Porte ilegal de arma – Confisco – Legalidade da medida. O porte ilegal de arma justifica o seu confisco, como efeito da condenação pronunciada. Aplicação do art. 91, II, *a*, CP, c/c o art. 1.º da Lei das Contravenções Penais. Embargos conhecidos e recebidos” (3.ª Seção, Emb. Div. em REsp 79.484-SP, rel. Cid Flaquer Scartezzini, 26.11.1997, v. u. [acórdão proferido, cuidando de porte ilegal de arma, quando ainda o fato era considerado contravenção penal]). Outro precedente do Superior Tribunal de Justiça baseia-se no art. 1.º da Lei de Contravenções Penais (“Aplicam-se às contravenções

as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente Lei não disponha de modo diverso”) para aceitar o confisco da arma no caso de contravenção penal: REsp 87.971-SP, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 14.12.1999, v. u., DJ 14.2.2000, p. 80 [vide a observação ao acórdão anterior].

4-A. Medidas para alcançar o produto e o proveito do crime: como regra, o produto do crime é objeto de apreensão. Assim ocorre quando a polícia, verificando que o agente esconde em sua casa o dinheiro levado de um banco, por exemplo, consegue mandado de busca e apreensão, invadindo o local para apropriar-se do *produto* do crime. Entretanto, no tocante ao proveito do delito, não cabe proceder à apreensão, pois normalmente já foi convertido em bens diversos, móveis ou imóveis, que possuem a aparência de coisas de origem lícita. O delinqüente que, empregando o dinheiro subtraído do banco, compra imóveis e carros, v.g., deve ter esses bens seqüestrados. Utiliza-se, então, a medida assecuratória prevista nos arts. 125 e 132 do Código de Processo Penal. Confira-se, a respeito, o nosso *Código de Processo Penal comentado*, notas aos arts. 125 a 144. E mais: não se devem confundir a apreensão do produto do crime e o seqüestro do proveito do delito com outras medidas assecuratórias, que são a hipoteca legal, para tornar indisponíveis bens imóveis, e o arresto, que o Código de Processo Penal também denomina seqüestro, para impedir a disposição dos bens móveis. Nessas hipóteses, tem-se por fim tomar bens do patrimônio lícito do criminoso, a fim de garantir a indenização à vítima ou ao Estado.

4-B. Efeitos específicos, porém obrigatórios: em leis penais especiais, podemos encontrar alguns efeitos da sentença condenatória, que são gerados obrigatoriamente,

vale dizer, por força de lei, não necessitando nem mesmo constar da decisão judicial. Exemplo disso é o disposto no art. 244-A da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2.º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 1.º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo. § 2.º *Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento*” (grifamos).

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos;^{5-5-A}

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;^{6-6-A}

III – a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.⁷

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

5. Efeito específico da perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: trata-se de efeito não automático, que precisa ser explicitado na sentença, respeitados os seguintes pressupostos: a) nos crimes pra-

ticados com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a 1 ano; b) nos demais casos, quando a pena for superior a 4 anos. Cargo público é o cargo criado por lei, com denominação própria, número certo e remunerado pelos cofres do Estado (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), vinculando o servidor à administração estatutariamente; função pública é a atribuição que o Estado impõe aos seus servidores para realizarem serviços nos três Poderes, sem ocupar cargo ou emprego. Há dispositivo especial na Lei 7.716/89, que dispõe sobre o racismo, a respeito da perda do cargo para o servidor público que incidir nas penas dessa lei (“Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses”). Quanto ao mandato eletivo, a Constituição Federal trata do assunto no art. 15: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (vide, ainda, o art. 55, IV e VI, da CF, tratando da perda do mandato por condenação criminal). Ressalte-se, no entanto, que, nesse caso – condenação criminal –, cabe à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, tratando-se de parlamentar federal, através de voto secreto e por maioria absoluta, mediante provocação da Mesa ou de partido político, garantida a ampla defesa, decidir pela perda do mandato (art. 55, § 2.º, CF).

5-A. Perda de emprego público e aposentadoria: *emprego público* é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, embo-

ra seja ocupado por servidor que possui vínculo contratual, sob a regência da CLT (ex.: escrevente judiciário contratado pelo regime da CLT). Segundo nos parece, em interpretação extensiva e sistemática, deve-se envolver o ocupante de emprego público no art. 92. Afinal, se a condenação criminal permite a perda do cargo e da função, logicamente deve-se abranger o emprego público, cuja diferença única existente com o cargo é que o ocupante deste é submetido a regime estatutário, enquanto o ocupante de emprego público é submetido a regime contratual (CLT). A aposentadoria, que é o direito à inatividade remunerada, não é abrangida pelo disposto no art. 92. A condenação criminal, portanto, somente afeta o servidor ativo, ocupante efetivo de cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Caso já tenha passado à inatividade, não mais estando em exercício, não pode ser afetado por condenação criminal, ainda que esta advenha de fato cometido quando ainda estava ativo. Se for cabível, a medida de cassação da aposentadoria deve dar-se na órbita administrativa, não sendo atribuição do juiz criminal.

6. Efeito específico da incapacidade para o poder familiar, tutela ou curatela: trata-se de efeito não automático e permanente, que necessita ser declarado na sentença condenatória. É aplicável aos condenados por crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado. Pouco interessa, nesse caso, qual o montante da pena aplicada, importando somente tratar-se de crime sujeito a pena de reclusão. Embora seja de aplicação rara, ou por esquecimento do magistrado ou porque este se convence de sua inutilidade no campo reeducativo e pedagógico (lembremos que o efeito é permanente, podendo fomentar o descrédito do pai ou da mãe no lar em relação

ao filho, mesmo após cumprida a pena), o fato é que a lei civil também prevê uma forma de suspensão (e não perda) do poder familiar em caso de condenação. Dispõe o art. 1.637, parágrafo único, do Código Civil que “suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão”. Note-se que, nesta hipótese, pouco interessa se o delito é apenado com reclusão ou detenção (fala-se somente em *prisão*) ou mesmo se tem o crime como vítima o filho. O fundamento é a prisão efetiva, em regime incompatível com o exercício do poder familiar (ex.: aquele que está em regime fechado não tem condições de cuidar do filho).

6-A. Alcance da incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela: embora não esteja expresso no Código Penal, parece-nos que a mais lógica aplicação do dispositivo deva dizer respeito ao filho ofendido pela prática criminosa e não a todos os descendentes do infrator. Não se deve fazer uma interpretação extensiva neste caso, pois injustificável. O pai que agredir um de seus seis filhos, por exemplo. Condenado por lesão corporal grave a uma pena de um ano de reclusão, pode o juiz determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação àquela vítima. Os outros cinco filhos podem perfeitamente continuar sob sua tutela. Por vezes, há um problema social envolvendo o crime e imaginemos que os referidos seis filhos somente tenham o pai; caso perdesse o poder familiar no tocante a todos, haveria o Judiciário de encontrar um tutor para todos eles, quando, em verdade, o contexto da agressão ficou circunscrito a um único filho. Não é demais ressaltar que pode haver entre pai e determinado descendente uma discórdia permanente e localizada com agressões do

primeiro contra o segundo, mas jamais contra os demais filhos. Qual a razão de determinar a incapacidade para o exercício do poder familiar em relação a todos? O mesmo se diga do tutor (ou curador) de determinada pessoa. Praticado um crime apenado com reclusão contra o tutelado (curatelado), pode o juiz determinar a incapacitação para aquela tutela (curatela) e não para outras situações, que podem até advir no futuro. Não pode a pena ou seus efeitos envolver casos ou pessoas não abrangidas pela conduta criminosa ou a ela relacionadas.

7. Efeito específico da inabilitação para dirigir veículo: trata-se de efeito não automático, que precisa ser declarado na sentença condenatória e somente pode ser utilizado quando o veículo for usado como meio para a prática de crime doloso. A nova legislação de trânsito não alterou este efeito da condenação, pois, no caso presente, o veículo é usado como instrumento de delito doloso, nada tendo a ver com os crimes culposos de trânsito. Como lembra Frederico Marques, “quem usa do automóvel, intencionalmente, para matar ou ferir alguém, não está praticando um ‘delito do automóvel’, mas servindo-se desse veículo para cometer um homicídio doloso, ou crime de lesão corporal também dolosa” (*Tratado de direito penal*, v. 4). Convém mencionar, ainda, o caso verdadeiro, narrado por Basileu Garcia, de certo indivíduo que, com ódio de um guarda que várias vezes o havia multado por excesso de velocidade, vendo-o, certo dia, em serviço na rua, atropelou-o. Destaca o mestre paulista como o veículo pode ser não só um meio para a prática de crimes dolosos, mas, ainda, de delitos qualificados pela insídia (citação de Almeida Júnior e Costa Júnior, *Lições de medicina legal*, p. 257).

Capítulo VII DA REABILITAÇÃO

Reabilitação¹

Art. 93. A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.²

Parágrafo único. A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

1. Conceito de reabilitação: é a declaração judicial de reinserção do sentenciado ao gozo de determinados direitos que foram atingidos pela condenação. Ou, como ensinam Reale Júnior, Dotti, Andreucci e Pitombo, “é uma medida de Política Criminal, consistente na restauração da dignidade social e na reintegração no exercício de direitos, interesses e deveres, sacrificados pela condenação” (*Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 263). Antes da Reforma Penal de 1984, era causa extintiva da punibilidade (art. 108, VI, CP de 1940); atualmente é instituto autônomo que tem por fim estimular a regeneração.

2. Crítica ao instituto: tal como foi idealizado e de acordo com o seu alcance prático, trata-se, em verdade, de instituto de pouquíssima utilidade. Suas metas principais são garantir o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do sentenciado, bem como proporcionar a recuperação de direitos perdidos por conta dos efeitos da condenação. Ocorre que, no art. 202 da Lei de Execução Penal, consta que, “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência

à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”. Portanto, o sigilo já é assegurado pela referida norma, logo após o cumprimento ou extinção da pena. Por outro lado, poder-se-ia argumentar com a recuperação de direitos perdidos em virtude dos efeitos da condenação, mas o próprio Código reduz a aplicação ao art. 92, III (“inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso”). Os autores da Reforma Penal de 1984 buscam justificar a importância da reabilitação dizendo que vai além do preceituado no art. 202 da LEP, pois restaura a “dignidade, ofendida pela mancha da condenação, restaurando ao condenado o seu prestígio social” (*Penas e medidas de segurança no novo Código*, p. 268). Com a devida vênia, nem o condenado tem interesse nessa declaração de *reinserção social*, que quase nenhum efeito prático possui, como também dificilmente o prestígio social é recuperado, pelos próprios costumes da sociedade e diante da atitude neutra e, por vezes, hostil do Estado frente ao condenado. Pode até ser que seja resgatado, mas não será por intermédio da reabilitação e sim pela nova postura adotada pelo sentenciado após o cumprimento da sua pena. E diz, com razão, Jair Leonardo Lopes: “Nenhum condenado quererá sujeitar-se a chamar a atenção sobre a própria condenação, depois de dois anos do seu cumprimento ou depois de extinta a punibilidade, quando já vencidos os momentos mais críticos da vida do egresso da prisão, que são, exatamente, aqueles dos primeiros anos de retorno à vida em sociedade, durante os quais teria enfrentado as maiores dificuldades e talvez a própria rejeição social, se dependesse da reabilitação, e não lhe tivesse sido assegurado o sigilo da condenação por força do art. 202 da LEP. (...) Se alguém se der ao luxo de pesquisar

em qualquer comarca, tribunal ou mesmo nos repertórios de jurisprudência qual o número de pedidos de reabilitação julgados, terá confirmação da total indiferença pela declaração judicial preconizada” (*Curso de direito penal*, p. 252). Assim não parece a Tourinho Filho, que defende a utilidade do instituto, chamando a atenção para o seguinte aspecto: menciona que o art. 202 da Lei de Execução Penal assegura o sigilo dos dados referentes a condenações anteriores de maneira mais branda do que o faz a reabilitação. Para chegar a tal conclusão, refere-se à parte final do art. 202, dizendo que o sigilo pode ser rompido “para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”, servindo, pois, não somente para processos criminais, mas, também, para concursos públicos, inscrição na OAB e fins eleitorais. No caso de ser concedida a reabilitação, argumenta, somente o juiz poderia quebrar o sigilo instaurado, como se vê do disposto no art. 748 do Código de Processo Penal (*Código de Processo Penal comentado*, v. 2, p. 489-490). Não nos parece tenha razão. A Lei de Execução Penal é lei mais recente, disciplinando exatamente o mesmo assunto, razão pela qual, nesse prisma, revogou o disposto no Código de Processo Penal. Portanto, reabilitado ou não, os dados constantes da folha de antecedentes do condenado serão exibidos sempre que houver requisição judicial ou para outros fins previstos em lei. Demonstre-se o nosso ponto de vista pela realidade. Não há interesse algum por parte de condenados de requerer a sua reabilitação, pois não vêem vantagem alguma nisso, até porque os concursos públicos e demais órgãos do Estado, quando autorizados por lei, continuam, normalmente, a requisitar certidões de inteiro teor a respeito dos antecedentes do sentenciado, o que é perfeitamente viável.

Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida,³ decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução,⁴ computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional,⁵ se não sobrevier revogação, desde que o condenado:⁶

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.⁷

Parágrafo único. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.⁸⁻⁹

3. Competência para a concessão de reabilitação: é do juiz da condenação, nos termos do art. 743 do Código de Processo Penal, nessa parte não revogado. A Lei de Execução Penal, nada tendo disposto a respeito do tema, não transferiu ao juiz da execução a competência para tratar da reabilitação. No mesmo sentido está a posição de Carlos Frederico Coelho Nogueira (*Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 138).

4. Reabilitação em porções: ocorreria a reabilitação em porções caso o sentenciado fosse, aos poucos, se reabilitando após o cumprimento ou a extinção de cada uma de suas várias penas, o que é inadmissível. Deve, primeiro, cumprir todas as penas e somente depois pedir a reabilitação.

5. Prazo para ser requerida: pode ser pedida 2 anos após a extinção ou término da pena, incluindo nesse período o prazo do *sursis* ou do livramento condicional, se

não houver revogação. Ex.: o condenado a uma pena de um ano de reclusão recebe a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos. Findo o *sursis* sem revogação, o juiz declara extinta a pena. O sentenciado pode, de imediato, pedir a reabilitação, pois decorreram os dois anos necessários. Entretanto, se não receber a suspensão condicional da pena e cumprir um ano de reclusão em regime aberto, somente após dois anos da extinção da sua pena poderá pedir a reabilitação. No primeiro caso, levou 2 anos para poder requerer o benefício; no segundo, foi obrigado a aguardar 3 anos. Lembre-se que a extinção da pena pode se dar não somente pelo seu cumprimento, mas por qualquer outra forma: prescrição, indulto, *abolitio criminis* etc. Outra nota que merece destaque é a seguinte: caso o *sursis* ou o livramento condicional tenham prazos maiores que 2 anos, é natural que o condenado tenha de esperar o final para requerer a reabilitação.

6. Compatibilidade dos dispositivos do Código de Processo Penal: a reabilitação é tratada no Título IV, Capítulo II (arts. 743 a 750), do Código de Processo Penal, não estando revogados os dispositivos compatíveis com o Código Penal de 1984, até porque a Lei de Execução Penal não cuidou do tema. Na mesma ótica: Carlos Frederico Coelho Nogueira (*Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 138). Assim, mantém-se o art. 744 do CPP, que exige, para instruir o pedido de reabilitação, os seguintes documentos: a) certidões de antecedentes do condenado das comarcas onde residiu durante os 2 anos posteriores à extinção da pena; b) atestados de autoridades policiais ou outros documentos que mostrem ter residido nas comarcas indicadas e mantido bom comportamento; c) atestados de bom comportamento fornecidos por pessoas a cujo serviço tenha estado. O bom

comportamento deve seguir durante todo o processo de reabilitação, e não somente no período de 2 anos necessário para fazer o pedido; d) outros documentos que provem sua regeneração; e) prova de ter ressarcido o dano ou não poder fazê-lo. Não mais tem aplicação o art. 743 do CPP, exigindo 4 a 8 anos após a execução da pena ou da medida de segurança detentiva para ingressar com o pleito de reabilitação.

7. Reparação do dano à vítima: há quem entenda que, não encontrada a vítima, deve a reparação do dano ser consignada em juízo, o que não é efetivamente o espírito da lei. O critério de *reparação do dano* deve ser amplo e flexível, ainda que possa abranger atualização monetária, quando for o caso. Quando o crime não causar prejuízo – o que pode ocorrer em alguns casos, v.g., alguns crimes de perigo –, não há que se exigir tal requisito do condenado.

8. Indeferimento da reabilitação: neste ponto, está revogado o art. 749 do Código de Processo Penal, que exigia o prazo mínimo de dois anos para renovar o pleito. Aliás, da decisão denegatória da reabilitação cabe apelação. Por outro lado, quando o juiz a conceder, segundo o disposto no art. 746 do CPP, cabe recurso de ofício. Algumas vozes entendem revogada essa norma, sem que haja, no entanto, qualquer motivo a tanto. Outras modalidades de recurso de ofício subsistem normalmente no Código de Processo Penal, de forma que inexiste razão para a revogação no caso da reabilitação. Assim: “O advento da Constituição Federal de 1988 em nada afetou o recurso *ex officio* criminal, que deve ser interposto, ou

assim considerado, nos casos expressamente previstos em leis ordinárias. (...) Contudo, não revogou os recursos necessários ou obrigatórios previstos em leis ordinárias (arts. 574, I e II; 746 do CPP; e 7.º da Lei 1.521, de 26.12.1951)” (RT 691/328). Idem: J. Cabral Netto (Recurso *ex officio*, RT 692/242); Carlos Frederico Coelho Nogueira (*Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 139).

9. Prescrição e reabilitação: a prescrição da pretensão punitiva, porque afasta o *jus puniendi* do Estado, não permite o pedido de reabilitação. Entretanto, a prescrição da pretensão executória, que somente tem o condão de evitar a aplicação da sanção principal decorrente da decisão condenatória, permite a reabilitação.

Art. 95. A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente,¹⁰ por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.¹¹

10. Reabilitação e reincidência: são institutos totalmente diferentes, embora possuam conexões: a) a reabilitação não extingue a condenação anterior para efeito de reincidência, de modo que o reabilitado, cometendo novo crime, pode tornar-se reincidente; b) a reincidência pode servir para revogar a reabilitação.

11. Caráter pessoal da reabilitação: a reabilitação é pessoal e não pode ser requerida por sucessores ou herdeiros, diferentemente da revisão criminal.

Das medidas de segurança¹

1. Conceito: trata-se de uma espécie de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado. Jair Leonardo Lopes conceitua: “É o meio empregado para a defesa social e o tratamento do indivíduo que comete crime e é considerado inimputável” (*Curso de direito penal*, p. 252). E Frederico Marques ensina: “É providência ditada pela defesa do bem comum e baseada no juízo de periculosidade, que, no tocante aos inimputáveis, substitui o juízo de reprovação consubstanciado na culpabilidade”. Em posição análoga ao conceito que fornecemos acima estão os posicionamentos de Pierangeli e Zaffaroni, sustentando ser a medida de segurança uma forma de pena, pois, sempre que se tira a liberdade do homem, por uma conduta por ele praticada, na verdade o que existe é uma pena. Toda privação de liberdade, por mais terapêutica que seja, para quem a sofre não deixa de ter um conteúdo penoso. Assim, pouco importa o nome dado e sim o efeito gerado (*Da tentativa*, p. 29). É a postura majoritária. Para Luiz Vicente Cernicchiaro e Assis Toledo, no entanto, em visão minoritária, a medida de segurança é instituto de caráter “puramente assistencial ou curativo”, não sendo nem mesmo necessário que se submeta ao princípio da legalidade e da anterioridade (*Princípios básicos de direito penal*, p. 41). Seria medida pedagógica e terapêutica, ainda que restrinja a liberdade.

Espécies de medidas de segurança²

Art. 96. As medidas de segurança são:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;³

II – sujeição a tratamento ambulatorial.⁴

Parágrafo único. Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.⁵

2. Sistemas de aplicação da pena e da medida de segurança: antes da Reforma Penal de 1984, prevalecia o sistema do *duplo binário*, vale dizer, o juiz podia aplicar pena mais medida de segurança. Quando o réu praticava delito grave e violento, sendo considerado perigoso, recebia pena e medida de segurança. Assim, terminada a pena privativa de liberdade, continuava detido até que houvesse o exame de cessação de periculosidade. Na prática, poderia ficar preso indefinidamente, o que se afigurava profundamente injusto – afinal, na época do delito, fora considerado imputável, não havendo sentido para sofrer dupla penalidade. A designação – duplo binário – advém da expressão italiana *doppio binario*, que significa duplo trilho ou dupla via, como esclarece René Ariel Dotti (*Visão geral da medida de segurança*, p. 310). Atualmente, prevalecendo o sistema vicariante (“que faz as vezes de outra coisa”), o juiz somente pode aplicar pena ou medida de segurança. Caso o réu seja considerado imputável à época do crime, receberá pena; se for inimputável, caberá medida de segurança. Explica Dotti que a adoção do sistema do binário único foi a melhor opção para evitar um paradoxo: “Se uma das finalidades da pena de prisão é ressocializar ou reeducar o infrator, sob o pálio da prevenção especial, como se justificar um complemento que pressupõe a periculosidade, ainda persistente? Trata-se

de uma *contradictio in adjecto* e, portanto, a negação de um dos objetivos da pena, assim declarados em textos constitucionais e leis ordinárias” (ob. cit., p. 311). *Em oposição* à abolição do sistema do duplo binário, confira-se a posição de Carlos Frederico Coelho Nogueira: “Em matéria de medidas de segurança, a sociedade e cada um de nós estaremos *totalmente desprotegidos* pela nova Parte Geral do Código Penal. (...) Não poderá mais ser declarada a periculosidade de réus imputáveis, por mais selvagens e revoltantes os crimes por eles praticados. Apenas porque, mentalmente, são *sãos*. Numa época em que a sociedade clama por segurança, dilui-se a repressão de crimes comuns, incentivando-se o incremento da criminalidade violenta” (*Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 142).

3. Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico: é a obrigação de permanecer internado em hospital ou manicômio judiciário, sujeito a tratamento médico interno.

4. Tratamento ambulatorial: é a submissão do sujeito a tratamento médico externo, ou seja, não necessita ficar internado, embora esteja obrigado a comparecer com relativa frequência ao médico.

5. Extinção de punibilidade: é natural que o advento de alguma das causas de extinção da punibilidade provoque a cessação da aplicação da medida de segurança, pois nada mais existe a punir, uma vez que se encontra finda a pretensão punitiva do Estado. Assim, como exemplo, caso ocorra a prescrição da pretensão punitiva, porque entre a data do recebimento da denúncia e a data da sentença transcorreu tempo suficiente para a prescrição da pena em abstrato, o juiz não impõe medida de segurança, ainda que apurada a insanidade

mental do acusado. Deve julgar extinta a sua punibilidade. Se a medida de segurança já tiver sido imposta, mas a prescrição da pretensão punitiva só for constatada posteriormente, deve ser julgada extinta a punibilidade e, conseqüentemente, finda a execução da internação ou do tratamento ambulatorial. Aliás, sobre a prescrição da medida de segurança, em especial, conferir a nota 33 ao art. 109.

Imposição da medida de segurança para inimputável^{6-6-A}

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.⁷

Prazo

§ 1.º A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado,⁸ perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.⁹ O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.¹⁰⁻¹¹

Perícia médica

§ 2.º A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.¹²⁻¹⁴

Desinternação ou liberação condicional

§ 3.º A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional¹⁵ devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.¹⁶⁻¹⁷

§ 4.º Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.¹⁸⁻¹⁹

6. Pressupostos para aplicação da medida de segurança: tratando-se, como afirmado, de uma medida restritiva de direitos ou da liberdade, portanto uma forma de sanção penal, é imprescindível que o agente tenha praticado um injusto, vale dizer, um fato típico e antijurídico (crime, do ponto de vista *objetivo*, para a doutrina tradicional). Na lição de Baumann: “Também em outros casos a dogmática se vale da ação típica e antijurídica, mas não necessariamente culpável, por exemplo, nos pressupostos da participação no fato principal. Fala-se, neste caso, de ‘fato punível objetivo’, ou melhor, ‘fato antijurídico’” (*Derecho penal – Conceptos fundamentales y sistema*, p. 45). E, justamente por isso, também é indispensável haver o respeito ao devido processo legal. Deve-se assegurar ao agente, mesmo que comprovada sua inimizabilidade, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Somente após o devido trâmite processual, com a produção de provas, poderá o juiz, constatando a prática do injusto, aplicar-lhe medida de segurança. Acrescente-se que, se alguma excludente de ilicitude estiver presente, é obrigação do juiz, a despeito de se tratar de inimputável, absolvê-lo por falta de antijuridicidade, sem aplicação de medida de segurança. Aliás, o mesmo deve ocorrer caso comprovada a insuficiência de provas, seja para a materialidade do delito, seja no tocante à autoria. Não há mais a *medida de segurança preventiva*, prevista no art. 378 do Código de Processo Penal, considerado revogado pela maioria da doutrina. De fato, previa-se a possibilidade de o juiz aplicar medida de segurança preventiva durante a instrução, mas essa providência era um reflexo do antigo art. 80 do Código Penal de 1940, *verbis*: “Durante o processo, o juiz pode submeter as pessoas referidas no art. 78, I [inimputáveis] e os ébrios habituais ou toxicômanos às medidas de segurança que lhes sejam aplicáveis”. Revogado tal

dispositivo, é natural que o direito processual penal tenha seguido o mesmo destino. Quando indispensável, pode o juiz decretar a prisão preventiva, colocando o agente em lugar próprio para sua situação.

6-A. Absolvição imprópria: a sentença que permite a aplicação da medida de segurança denomina-se *absolutória imprópria*, tendo em vista que, a despeito de considerar que o réu não cometeu delito, logo, não é criminoso, merece uma sanção penal (medida de segurança), como já expusemos na nota 1 supra. Dispõe o art. 386, parágrafo único, III, do CPP, que, na decisão absolutória, o juiz imporá medida de segurança. Sobre o tema, há a Súmula 422 do STF: “A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade”.

7. Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico: diz a lei ser obrigatória a internação do inimputável que pratica fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão. Entretanto, esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Imagine-se o inimputável que cometa uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima. Se possuir família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, por que interná-lo? Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial. Melhor, nesse sentido, a Lei de Drogas, prevendo a internação somente quando o caso concreto o exigir. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a possibilidade de correção do erro legislativo e permitindo a aplicação de tratamento ambulatorial a autor de fato-crime apenado com reclusão: “A medida de segurança, enquanto resposta

penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade, previstos no artigo 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime” (REsp 324091-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 16.12.2003, v. u., DJ 09.02.2004, p. 211). Idem: TJSP: RSE 300.826-3/8, 3.^a C. Extraordinária, rel. Marcos Zanuzzi, 28.04.2004, v. u. No mesmo sentido, convém anotar a lição de Carlota Pizarro de Almeida: “Não é correto, portanto, quando se trate de portadores de anomalia psíquica, estabelecer uma correspondência entre a medida de segurança e a gravidade do fato praticado. Mas já será importante estabelecê-la em relação à perigosidade do agente: só assim se respeita o princípio da proporcionalidade...” (*Modelos de inimputabilidade: Da teoria à prática*, p. 34).

8. Internação por prazo indeterminado: há quem sustente ser inconstitucional o prazo *indeterminado* para a medida de segurança, pois é vedada a pena de caráter perpétuo – e a medida de segurança, como se disse, é uma *forma* de sanção penal –, além do que o imputável é beneficiado pelo limite das suas penas em 30 anos (art. 75, CP). Dizem Zaffaroni e Pierangeli: “Pelo menos é mister reconhecer-se para as medidas de segurança o limite máximo da pena correspondente ao crime cometido, ou a que foi substituída, em razão da culpabilidade diminuída” (*Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*, p. 862). Não nos parece assim, pois, além de a medida de segurança não ser pena, deve-se fazer uma interpretação restritiva do art. 75 do Código Penal, muitas vezes fonte de injustiças. Como já exposto em capítulo anterior, muitos condenados a vários anos de cadeia estão sendo interditados civilmente, para que não deixem a prisão, por serem perigosos, padecendo de enfermidades mentais, justamente porque

atingiram o teto fixado pela lei (30 anos). Ademais, apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado. Seria demasiado apego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditados civilmente, somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, previsto no art. 75, como sugerem outros. Nessa ótica: STJ: “A medida de segurança prevista no Estatuto Repressivo possui prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade do agente” (RHC 20.599-BA, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 28.05.2008, v. u.); TJSP: “Medida de segurança – Internação – Tratamento psiquiátrico que perdura há mais de 30 anos – Medida que vem se renovando periodicamente, por recomendação médica – Admissibilidade – Inteligência do artigo 97, § 1.^o, do Código Penal – Constrangimento ilegal inócidente – Ordem denegada” (HC 400.866-3/9-SP, 3.^a C., rel. Abreu Oliveira, 26.11.2002, v. u., JUBI 80/03). Entretanto, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já chegou a considerar a possibilidade de haver, também para a medida de segurança, o teto de 30 anos, por analogia ao disposto no art. 75 do Código Penal. Ao conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus*, porém, com o objetivo de não permitir a soltura de mulher internada há mais de 30 anos no Hospital de Custódia e Tratamento de Franco da Rocha (SP), por ter matado, por afogamento, seus dois filhos, considerada perigosa, ressuscitou-se o art. 682, § 2.^o, do Código de Processo Penal (revogado pela Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal), que

assim prevê: “Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes” (HC 84.219-SP, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, 16.08.2005, v. u.). Vale dizer, a pessoa presa, há mais de 30 anos, provavelmente terminará seus dias encarcerada, mas agora interdita pelo juízo cível.

9. Culpabilidade e periculosidade: o inimputável não sofre juízo de culpabilidade, embora com relação a ele se possa falar em periculosidade, que, no conceito de Nelson Hungria, significa um estado mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade, em nível subjetivo. Quanto mais injustos penais o inimputável comete, mais demonstra sua anti-sociabilidade. A periculosidade pode ser *real* ou *presumida*. É real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplicar uma medida de segurança ao semi-imputável o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, *caput*, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la, bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicarlhe a medida de segurança. Outrora, antes da Reforma Penal de 1984, costumava-se aplicar ao agente do crime impossível ou no caso de ajuste, determinação, instigação e auxílio a atos preparatórios de crime (antigo art. 76, parágrafo único, CP) medida de segurança. Tal situação não persistiu no sistema penal.

10. Conversão da pena em medida de segurança no curso da execução: preceitua o art. 183 da Lei de Execução Penal:

“Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”. É preciso distinguir duas hipóteses: *a)* se o condenado sofrer de doença mental, não se tratando de enfermidade duradoura, deve ser aplicado o disposto no art. 41 do Código Penal, ou seja, transfere-se o sentenciado para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo tempo suficiente à sua cura. Não se trata de conversão da pena em medida de segurança, mas tão-somente de providência provisória para cuidar da doença do condenado. Estando melhor, voltará a cumprir sua pena no presídio de onde saiu, desde que haja saldo remanescente; *b)* caso a doença mental tenha caráter duradouro, a transferência do condenado não deve ser feita como providência transitória, mas sim definitiva. Por isso, cabe ao juiz converter a pena em medida de segurança, aplicando-se o disposto no art. 97 do Código Penal. A discussão que se estabelece, no entanto, é no tocante à duração da medida de segurança. Há *quatro correntes* a respeito: *a)* tem duração indefinida, nos termos do disposto no art. 97, § 1.^o, do Código Penal; *b)* tem a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada. O sentenciado cumpre, internado, o restante da pena aplicada; *c)* tem a duração máxima de 30 anos, limite fixado para a pena privativa de liberdade; *d)* tem a duração do máximo em abstrato previsto como pena para o delito que deu origem à medida de segurança. Parece-nos que o legislador deveria ter disciplinado melhor o disposto no art. 183 da Lei de Execução Penal, deixando *bem claro* o limite para seu cumprimento, após a conversão. Afinal, não mais sendo adotado o sistema do duplo binário (pena mais medida de segurança),

cabe a verificação de imputabilidade no *momento do crime*, e não depois. Caso fosse considerado inimputável à época do crime, receberia por tal fato medida de segurança, podendo cumpri-la indefinidamente. A situação ora aventada, portanto, é diferente: num primeiro caso, já que cometeu um crime no estado de imputabilidade, recebeu pena. Este é o pagamento à sociedade pelo mal praticado. Ficando doente, merece tratamento, mas não por tempo indefinido. Num segundo caso, uma vez que praticou o delito no estado de inimputabilidade, recebeu medida de segurança. Pode ficar detido até que se cure. O injusto cometido tem ligação direta com a medida de segurança aplicada, justificando-se, pois, a indeterminação do término da sanção penal. Melhor seria exigir-se a clareza da lei. Não existindo tal nitidez, parece-nos mais lógico não interpretar a lei penal em desfavor do réu. Assim, tendo em vista que na época da infração penal o réu foi considerado imputável, recebeu do Estado, por consequência disso, uma pena, fixada em montante certo. Caso tenha havido conversão, é justo que a medida de segurança aplicada respeite o limite estabelecido pela condenação, ou seja, cumprirá a medida de segurança pelo prazo máximo da pena. Terminado esse prazo, continuando doente, torna-se um caso de saúde pública, merecendo ser interditado (arts. 1.767 a 1.778, CC), como aconteceria com qualquer pessoa que sofresse de enfermidade mental, mesmo sem praticar crime. Complementando: não há contradição com o que defendemos no início deste capítulo, ou seja, não ser inconstitucional a medida de segurança ter duração indefinida. O que se busca é analisar a situação do criminoso *no momento em que pratica o delito*, para evitar o malfadado duplo binário. Se era inimputável, pode receber medida de segurança por tempo indefinido, já que essa é a sanção merecida pelo que praticou. Sendo imputável,

cabe-lhe a aplicação de uma pena, que não deve ser alterada no meio da execução por uma medida indeterminada. Afinal, de uma pena com limite pré-fixado, com trânsito em julgado, passaria o condenado a uma sanção sem limite, não nos parecendo isso correto. Assim a jurisprudência: STJ: “Mister se faz ressaltar a diferença entre a medida de segurança prevista no Código Penal aos inimputáveis e a medida de segurança substitutiva, trazida pelo art. 183 da Lei de Execução Penal. Para os inimputáveis a lei prevê que a medida de segurança terá tempo indeterminado, durando enquanto perdurar a periculosidade do réu. Ao passo que a medida de segurança substitutiva é aplicada a quem foi julgado como imputável e no decorrer da execução da pena foi acometido por doença mental, estando, portanto, adstrita ao restante do tempo de cumprimento da pena” (HC 12.957-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 08.08.2000, v. u., DJ 04.09.2000). Idem: “A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança, prevista no art. 183 da LEP, não pode ter duração superior ao tempo restante da pena” (HC 16.752-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 03.09.2001, v. u., DJ 03.09.2001, p. 234); HC 12.957-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 08.08.2000, v. u., DJ 04.09.2000, p. 175; HC 7.220-SP, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 12.05.1998, v. u., DJ 08.06.1998, p. 148). E também: TJSP: “A medida de segurança imposta em substituição à pena privativa de liberdade, em face da superveniência de doença mental no curso da execução, não guarda relação com o crime praticado, razão pela qual não pode perdurar além do limite temporal previsto na sentença penal condenatória transitada em julgado, sob pena de ofensa à coisa julgada” (Ag. em Execução 453.792.3/3, 5.^a C., rel. Tristão Ribeiro, 18.05.2006, v. u.); “Aplicação a condenado semi-imputável em substituição da pena privativa

de liberdade que vinha cumprindo – Duração da medida substitutiva restrita ao tempo restante da pena – Prolongamento por tempo indeterminado inadmissível – Coação ilegal caracterizada – Ordem de *habeas corpus* concedida, sem prejuízo de, em sendo o caso, colocar-se o ex-interno à disposição de uma das Varas da Família e Sucessões – Inteligência dos artigos 682, § 2.º, do CPP e 183 da LEP” (HC 279.362-3/3-SP, 4.ª C., rel. Haroldo Luz, 25.05.1999, v. u., *IBCCRIM* 84/401). No mesmo prisma, encontramos o disposto no Código Penal português (arts. 104 e 105), determinando que a pena seja convertida em medida de segurança, se tal não se deu à época da sentença, quando ocorrer a constatação de doença mental e o agente se encontrar em estabelecimento prisional comum, pelo restante da pena aplicada. Diz Carlota Pizarro de Almeida que, nessa hipótese, o que está em jogo não é a periculosidade do agente, mas a sua inadaptação para permanecer no meio prisional. Por isso, a internação será determinada pelo restante da pena, como se fosse o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a inimputáveis (*Modelos de inimputabilidade: Da teoria à prática*, p. 121).

10-A. Reconversão da medida de segurança em pena: o caminho natural, para evitar qualquer tipo de subterfúgio, é converter a pena em medida de segurança, mas, melhorando o condenado, tornar a cumprir sua pena, havendo, portanto, a reconversão. Outra solução implicaria em abuso. Se a pena fosse convertida em medida de segurança indefinida, ultrapassando até mesmo o teto originalmente fixado como sanção penal pelo Estado, estaríamos diante de situação prejudicial ao sentenciado, uma vez que a imputabilidade deve ser analisada no momento do crime (vide nota 10 supra). Se a pena fosse convertida em medida de

segurança, mas, pouco tempo depois, fosse constatada a melhora do condenado, caso pudesse conseguir a sua liberdade, muitas seriam as situações injustas. Como já citamos na nota 136 ao art. 75: se um condenado por latrocínio a 20 anos de reclusão adoecesse 5 anos após, convertida sua pena em medida de segurança e melhorando ele após 2 anos, é natural que volte a cumprir a pena faltante, ou seja, 13 anos. Liberdade imediata é o que não lhe cabe. O direito espanhol disciplinou tal situação expressamente, prevendo a possibilidade de haver a reconversão (art. 60, Código Penal).

11. Detração e medida de segurança: deve ser computado o período de prisão provisória no prazo mínimo estabelecido para a medida de segurança, como prevê o art. 42 do Código Penal. Assim, se a pessoa submetida à medida de segurança ficou detida, em prisão cautelar, durante toda a instrução, resultando num total de um ano, aplicada a medida de segurança de internação pelo prazo mínimo de um ano, transitada esta em julgado, aplica-se a detração, verificando-se, pois, já ser o caso de realização do exame de cessação de periculosidade (o prazo mínimo foi abatido pela detração). Se o indivíduo estiver curado, pode ser imediatamente desinternado. Do contrário, continua em tratamento e novo exame ocorrerá dentro de um ano. Entretanto, a aplicação desse dispositivo precisa ser feita com equilíbrio para não frustrar o objetivo da lei, que é somente liberar o doente quando estiver curado. Isto significa que a detração não tem o condão de, uma vez aplicada, provocar a imediata soltura da pessoa submetida à internação, mas, sim, que o exame de cessação da periculosidade deve ser providenciado. Criticando a possibilidade legal de aplicação da detração no prazo mínimo da medida de segurança está a lição de Carlos Frederico Coelho Nogueira:

“Onde está, então, aquela distinção, preconizada pela própria Exposição de Motivos da nova Parte Geral, entre culpabilidade e periculosidade? A prisão não decorre da culpabilidade? Por que computá-la, pois, no tempo de medida de segurança, que decorre da perigosidade, nada tendo a ver com prisão provisória ou administrativa? Praticamente, o art. 42 da nova Parte Geral vai frustrar o período mínimo de duração das medidas de segurança, tornando-o uma falácia legal” (*Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança*, p. 145).

12. Exame de cessação da periculosidade: deve ser realizada a perícia médica, para comprovar a cura da pessoa submetida à medida de segurança (ou, pelo menos, o fim da sua periculosidade), propiciando a sua desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial, como regra, após o prazo mínimo fixado pelo juiz (de um a três anos). Excepcionalmente, no entanto, surgindo algum fato superveniente, ainda no transcurso desse prazo, pode o juiz determinar a antecipação do exame de cessação da periculosidade (art. 176, LEP). Essa antecipação pode ser fruto de requerimento fundamentado do Ministério Público, do interessado, de seu procurador ou defensor, mas também pode ser realizada de ofício. Embora o referido art. 176 pareça indicar que a antecipação somente pode ser determinada se houver requerimento das partes interessadas, não há sentido para se privar o juiz da execução penal dessa possibilidade, desde que chegue ao seu conhecimento fato relevante, indicativo da necessidade do exame.

13. Procedimento para a realização do exame: preceitua o art. 175, I, da Lei de Execução Penal que a “autoridade administrativa, até um 1 (mês) antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o

habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida”. Esse relatório deverá estar instruído com o laudo psiquiátrico. Em seguida, “serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor” (art. 175, III, do aludido Diploma Legal) – normalmente, este último é também o curador nomeado. Novas diligências podem ser realizadas, ainda que expirado o prazo mínimo da medida de segurança. Decide, então, o magistrado.

14. Assistência de médico particular: o art. 43 da Lei de Execução Penal garante a possibilidade de o agente contratar médico de sua confiança pessoal para orientar e acompanhar o tratamento. Havendo divergência entre o profissional particular e o médico oficial, decidirá o juiz da execução (art. 43, parágrafo único, LEP). Conferir: TJSP: “Ao direito de punir do Estado prefere sempre seu dever de cuidado com a saúde do infrator, ainda que inimputável. Por isso, na falta de vaga em instituição hospitalar-prisional da rede pública, é razoável promover-lhe a internação em clínica médica particular, a fim de que se submeta a tratamento curativo especializado (art. 98 do CP)” (HC 476.508-3, 5.^a C., rel. Carlos Biasotti, 02.06.2005, m. v., *Boletim AASP* 2494, out. 2006).

15. Imposição de condições: havendo a desinternação ou a liberação do tratamento ambulatorial, fica o agente em observação por um ano, sujeitando-se, como determina o art. 178 da Lei de Execução Penal, às condições do livramento condicional (arts. 132 e 133, LEP): a) *obrigatórias*: obter ocupação lícita; comunicar ao juiz sua ocupação, periodicamente; não mudar do território da comarca; b) *facultativas*: não mudar de residência, sem prévia comunicação; recolher-se à habitação no horário fixado; não frequentar determinados lugares. Ver nota 18 ao próximo parágrafo, sobre

a possibilidade de conversão da internação em tratamento ambulatorial.

16. Desinternação e liberação: constatada a cessação de periculosidade, após o prazo mínimo fixado pelo juiz ou depois do tempo que for necessário para a eficácia do tratamento, ocorrerá a desinternação (para os que estiverem em medida detentiva) ou a liberação (para os que estiverem em tratamento ambulatorial). É preciso destacar que tanto a desinternação, como a liberação, serão sempre condicionais. Durante um ano ficará o agente sob prova; caso pratique algum ato indicativo de sua periculosidade – que não precisa ser um fato típico e antijurídico –, poderá voltar à situação anterior. Normalmente, faz-se o controle mediante análise da folha de antecedentes do liberado, pois não há outra forma de acompanhamento mais eficaz. Conferir: STJ: “A desinternação ou liberação serão condicionadas à não ocorrência, no decurso de um ano, de prática de fato indicativo de persistência de periculosidade, nos termos do art. 97, § 3.º, do Código Penal. Na hipótese, constata-se que o agente voltou a apresentar comportamentos anormais, indicativos da doença que lhe acomete, causando temor e insegurança a seus familiares e à comunidade local, o que constitui motivo bastante para sua reinternação, face ao descumprimento das condições do salvo-conduto” (RHC 20.599-BA, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 28.05.2008, v. u.).

17. Egresso: é o internado ou submetido a tratamento ambulatorial que foi liberado em definitivo pelo período de um ano, a contar da saída do estabelecimento (art. 26, I, LEP).

18. Conversão do tratamento ambulatorial em internação: ver art. 184 da Lei de Execução Penal: “O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em

internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida. Parágrafo único. Nesta hipótese, o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano”.

19. Conversão da internação em tratamento ambulatorial (desinternação progressiva): prevê a lei penal que o tratamento ambulatorial pode ser convertido em internação, caso essa providência seja necessária para “fins curativos”. Nada fala, no entanto, quanto à conversão da internação em tratamento ambulatorial, o que se nos afigura perfeitamente possível. Muitas vezes, o agente pode não revelar periculosidade suficiente para manter-se internado, mas ainda necessitar de um tratamento acompanhado. Assim, valendo-se da hipótese deste parágrafo, pode o magistrado determinar a desinternação do agente para o fim de se submeter a tratamento ambulatorial, que seria a *conversão* da internação em tratamento ambulatorial. Não é, pois, a desinternação prevista no parágrafo anterior – porque cessou a periculosidade –, mas sim para a continuidade dos cuidados médicos, sob outra forma. Essa medida torna-se particularmente importante, pois há vários casos em que os médicos sugerem a desinternação, para o bem do próprio doente, embora sem que haja a desvinculação do tratamento médico obrigatório. Ora, o art. 178 da Lei de Execução Penal é claro ao determinar que, havendo desinternação ou liberação, devem ser impostas ao apenado as condições obrigatórias e facultativas do livramento condicional (arts. 132 e 133, LEP). Ocorre que nenhuma delas prevê a possibilidade de se fixar, como condição, a obrigação de continuar o tratamento ambulatorial, após ter sido desinternado. Assim, o melhor a fazer é converter a internação em tratamento ambulatorial, pelo tempo que for necessário à recuperação, até que seja possível, verificando-se a cessação da periculosidade, haver a liberação condi-

cional. Assim tem sido a posição de alguns magistrados da Vara das Execuções Penais de São Paulo, entre os quais se pode destacar a decisão de José Antonio Colombo no Proc. 358.442, de um sentenciado internado, há quase 7 anos, na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, que, submetido a exame de cessação de periculosidade, teve sugerida a desinternação com aplicação de tratamento ambulatorial pelos peritos. Dessa forma, por entender contraditória a decisão que declarasse cessada a periculosidade, mas, ao mesmo tempo, impusesse tratamento ambulatorial, deliberou converter a medida de internação na mais branda, consistente em tratamento ambulatorial. Ademais, em reunião realizada no dia 26 de abril de 2001, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico “Prof. André Teixeira Lima”, de Franco da Rocha, com a participação de autoridades da área (juiz, promotor, procurador do Estado e diretores técnicos), foi deliberado que, para a progressão do regime de internação para o tratamento ambulatorial, devem os peritos que examinarem o internado concluir pela cessação da periculosidade, embora seja recomendável o prosseguimento do acompanhamento com equipe técnica de saúde mental. Assim, os juízes das execuções penais poderiam viabilizar a colocação do internado em tratamento ambulatorial.

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável

Art. 98. Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1.º a 4.º.²⁰⁻²¹

20. Pena de multa e medida de segurança: não cabe substituição da conde-

nação a pena de multa do semi-imputável por medida de segurança.

21. Medida de segurança aplicada em 2.ª instância: diz a Súmula 525 do Supremo Tribunal Federal: “A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido”. Essa súmula foi editada na época do sistema do duplo binário, ou seja, quando era possível aplicar ao réu pena mais medida de segurança. De fato, se somente o réu havia recorrido, reclamando da aplicação da sua pena ou pleiteando absolvição, era natural não poder o tribunal, em vez de dar provimento ao apelo do acusado, aplicar-lhe, ainda, medida de segurança. Teria ocorrido uma *reformatio in pejus*, vedada em processo penal. Atualmente, no entanto, prevalecendo o sistema vicariante, podendo o juiz aplicar somente pena ou medida de segurança, nada impede que o semi-imputável, condenado a pena privativa de liberdade, recorrendo, tenha sua pena substituída por medida de segurança pelo tribunal, desde que seja necessário e vise ao seu tratamento curativo. Não estaria havendo *reformatio in pejus*, pois o recorrente estaria sendo beneficiado, e não prejudicado. A despeito disso, já decidiu o STF: “Não tendo o Ministério Público recorrido da sentença, constitui *reformatio in pejus* a substituição pelo Tribunal da pena privativa de liberdade, em regime aberto, por medida de segurança consistente na internação do réu em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Súmula 525, STF Precedentes” (HC 74.042-SP, 2.ª T., rel. Carlos Velloso, 11.03.1997, v. u., DJ 09.05.1997, p. 18.128).

Direitos do internado

Art. 99. O internado será recolhido²² a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento.²³⁻²⁴

22. Competência para determinar o recolhimento: cabe ao juiz das execuções penais. Assim: STJ: “Ao Juízo das Execuções compete decidir sobre a transferência de preso para hospital psiquiátrico. Se não existem, nos autos, provas de que o pedido foi formulado perante aquele Juízo, não pode o STJ apreciar a questão” (RHC 9.261-SP, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 07.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 141).

23. Incompatibilidade da medida de segurança com o presídio comum: se o agente for colocado em estabelecimento prisional comum, sem qualquer tratamento, cabe *habeas corpus* para fazer cessar o constrangimento, salvo quando for reconhecidamente perigoso, situação que o levará a aguardar a vaga detido em presídio comum, se for preciso. Nessa linha: STJ: “Paciente que em razão de sua periculosidade terá de permanecer em cadeia pública até que surja vaga no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado” (RHC 9.075-MG, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 18.11.1999, v. u., DJ 17.12.1999, p.

386). Outra posição: STJ: “Sendo aplicada ao paciente a medida de segurança de internação, constitui constrangimento ilegal sua manutenção em prisão comum, ainda que o motivo seja a alegada inexistência de vaga para o cumprimento da medida aplicada. A manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento da medida de segurança de internação é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas. *Habeas corpus* concedido” (HC 31.902-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 11.05.2004, v. u., Bol. AASP 2.418).

24. Medida de segurança na Lei de Drogas: o art. 45, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 prevê a possibilidade de ser internado o dependente, que, em razão da inimputabilidade, for absolvido. Não é obrigatória a determinação judicial para a internação. Depende do caso concreto e do parecer médico. Maiores detalhes podem ser encontrados nas notas ao art. 45 do nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

Da ação penal¹

1. Conceito de ação penal: o monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir pertencem, exclusivamente, ao Estado, sendo vedada, em regra, a auto-defesa e a autocomposição. Há exceções, como a legítima defesa, forma de autodefesa autorizada pelo Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, bem como a transação, prevista na Lei 9.099/95, forma de autocomposição nas infrações de menor potencial ofensivo. Na visão tradicional de Savigny, a ação e o direito subjetivo material constituem a mesma coisa (concepção imanentista). A ação é um momento do direito subjetivo ameaçado ou violado (menção de Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 305). Após a polêmica de Windscheid e Muther sobre o direito de ação, surgiu o livro de Adolf Wach, sobre “ação declaratória” (1888), e o direito de ação passou a ser considerado autônomo, um direito público subjetivo. Surgiram outras concepções: *a)* teoria concreta da ação (Wach), estabelecendo que esta somente compete a quem tem razão; *b)* teoria do direito potestativo (Chiovenda, Weisman), dizendo que ação é o poder jurídico de realizar as condições para atuação da lei; *c)* teoria abstrata da ação (Degenkolb e Plöz), majoritária atualmente, ensinando ser um poder jurídico, independentemente de quem tem razão. Portanto, ação penal pode ser conceituada como o direito de agir exercido perante juízes e tribunais, invocando a prestação jurisdicional, que, na esfera criminal, é a existência da pretensão punitiva do Estado. A natureza jurídica é a mesma da ação civil, separando-se apenas em razão da matéria. O direito de ação é um direito individual, expressamente assegurado na Constituição: “A lei não excluirá

da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV). O direito de punir, por seu turno, é um direito de coação indireta, pois ninguém pode ser condenado sem uma sentença judicial. Não se deve confundir o *direito de ação* com o *direito punitivo material* do Estado, pois a pretensão de punir decorre do crime e o direito de ação precede a este, não deixando de haver, entretanto, conexão entre ambos. O Estado ingressa em juízo para obter o julgamento da pretensão punitiva e não necessariamente a condenação. Ver, ainda, o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, p. 97-98.

Ação pública e de iniciativa privada

Art. 100. A ação penal é pública,² salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.³⁻⁴

§ 1.º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.⁵

§ 2.º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.⁶

§ 3.º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.⁷

§ 4.º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.⁸

2. Princípios que regem a ação penal pública incondicionada: dois são os princípios que podem reger a acusação: 1.º) *obligatoriedade*, estipulando que é

indispensável a propositura da ação, quando há provas suficientes a tanto e inexistindo obstáculos para a atuação do órgão acusatório. É o sistema italiano. Admitir o critério da oportunidade, sustentam os partidários desta posição, seria fazer a voz do Ministério Público substituir a do legislador. No Brasil, quando a lei não dispuser em sentido contrário, vigora o princípio da obrigatoriedade. Provas disso: a) a autoridade policial deve agir quando sabe de um crime (art. 6.º, CPP); b) a omissão na comunicação de crimes, no exercício da função pública, é contravenção (art. 66, LCP); c) o arquivamento do inquérito é controlado pelo juiz (art. 28, CPP); d) há indisponibilidade da ação penal (art. 42, CPP) e do recurso interposto (art. 576, CPP); 2.º) *oportunidade*, significando que é facultativa a propositura da ação penal, quando cometido um fato delituoso. Com base nesse critério, há uma verificação discricionária da utilidade da ação, sob o ponto de vista do interesse público. É o sistema francês e alemão (em certos casos). Como já ressaltado, adota-se, no Brasil, o princípio da obrigatoriedade, querendo dizer que o Ministério Público é o *dominus litis*, mas não é o *dono* da ação penal, ou seja, é o titular da ação penal, embora deva sempre promovê-la no prazo legal. Não o fazendo, autoriza o particular a ajuizar a ação penal privada subsidiária da pública.

3. Fixação da iniciativa da ação penal: estabeleceu-se no Código Penal, em lugar de fazê-lo no Código de Processo Penal, quando a ação penal é pública – incondicionada ou condicionada – e privada. Para tanto, deve-se consultar, na Parte Especial, em cada tipo penal o que foi previsto pela lei. Se nada vier destacado, portanto, na omissão, a ação é pública incondicionada. Caso contrário, está evidenciado no próprio artigo (ex.: ameaça – art. 147 –, em que se prevê, no parágrafo único, que somente se procederá mediante representação; crimes

contra a honra – arts. 138, 139 e 140, com a exceção do art. 140, § 2.º, onde se prevê a iniciativa mediante queixa). O presente capítulo, em nosso entender, está deslocado, merecendo a matéria ser tratada no círculo processual.

4. Concurso de crimes e ação penal: havendo concurso de delitos, envolvendo crimes de ação pública e privada, o Ministério Público somente está autorizado a agir no tocante ao delito de ação pública incondicionada. Ex.: em um cenário onde há uma tentativa de homicídio e uma injúria, o Promotor de Justiça só pode agir no tocante ao delito de ação incondicionada (tentativa de homicídio). Pode dar-se, no entanto, o litisconsórcio ativo entre o Ministério Público e o particular.

5. Ação penal pública condicionada: significa que a ação penal depende de prévia provocação do interessado: a) o Ministro da Justiça, nos casos de crimes contra a honra do Presidente da República ou de chefe de governo estrangeiro e para a persecução de crimes praticados no estrangeiro contra brasileiro. A requisição é condição para a ação penal e também condição de procedibilidade; b) representação do ofendido, nos casos taxativamente previstos em lei. O interesse de proteger o bem jurídico atingido é primordialmente do Estado, mas é preciso também que o particular tenha interesse na punição do autor. Logo, a pretensão punitiva do Estado somente pode ser deduzida em juízo quando há a representação, nos casos de ação pública condicionada. A representação não condiciona a existência do direito de punir do Estado, pois este surge a partir do cometimento do delito.

6. Ação penal privada: é a transferência do direito de acusar do Estado para o particular, pois o interesse é *eminentemente* privado. Note-se que não é transferido o direito de

punir, mas tão-somente o direito de agir. Canuto Mendes de Almeida já questionou essa terminologia, dizendo que não pode ser *privada* uma ação que é, na essência, *pública*, pois trata do direito de punir do Estado, lidando com direitos e garantias individuais do cidadão. Frederico Marques, no entanto, faz a crítica a essa postura, dizendo que é fruto da concepção imanentista de ação (ação correspondendo ao direito material), pois toda ação é pública (mesmo a civil), já que se trata de um direito público subjetivo de caráter instrumental exercido frente ao Estado. A ação penal privada é regida pelo princípio da *oportunidade*, tratando-se de um típico caso de *substituição processual* – do Estado pelo particular. Apesar de questionável a terminologia utilizada (ação *privada*), sob o ponto de vista da legitimidade para agir, é correta. Tanto assim que o Código Penal menciona “ação de *iniciativa* privada” (art. 100). Chama-se *privada* porque o interesse em jogo é mais particular do que público, e o escândalo gerado pelo processo pode ser mais prejudicial ao ofendido (*strepitus judicii*) do que se nada for feito contra o delinquente. *Classifica-se* a ação privada da seguinte forma: a) *principal* ou *exclusiva*: só o ofendido pode exercer (inclui-se, nesse contexto, a *personalíssima*, que somente o ofendido, pessoalmente, pode propor, conduzindo-a até o final, ou seja, não há sucessão no pólo ativo por outra pessoa; caso morra a parte ofendida, antes do término da demanda, extingue-se a punibilidade do agente); b) *subsidiária da pública*: é intentada pelo ofendido diante da inércia do Ministério Público (art. 29, CPP), que deixa escoar o prazo legal sem oferecimento da denúncia; c) *adesiva*: ocorre quando o particular ingressa no processo como assistente do Ministério Público (denominação dada por alguns processualistas: cf. Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, v. I, p. 325). Em nossa visão, trata-se de mera interveniência. Perde

o direito de ajuizar ação o particular que: a) deixa ocorrer a decadência (decorso do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime); b) renuncia ao direito de queixa (ato unilateral); c) perdoa o querelado (ato bilateral); d) deixa ocorrer a perempção. Decorre do art. 48 do Código de Processo Penal (“A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”) ser a ação penal privada indivisível, vale dizer, o particular não tem disponibilidade sobre a extensão subjetiva da acusação. Caso resolva propor contra um co-autor, fica obrigado a ajuizá-la contra todos. Afinal, a tutela penal dirige-se a fatos, e não a pessoas.

7. Ação privada subsidiária da pública: trata-se de autorização constitucional fornecida pelo art. 5.º, LIX, possibilitando que a vítima ou seu representante legal ingresse, diretamente, com ação penal, por meio de oferecimento de queixa, quando o Ministério Público, nos casos de ações públicas, deixe de fazê-lo no prazo legal. Maiores detalhes, consultar as notas 33 a 40 ao art. 29 do nosso livro *Código de Processo Penal comentado*.

8. Referência específica: ver art. 31 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo não se aplica no caso de ação penal privada *personalíssima*, que somente pode ser ajuizada e mantida até a sentença pela parte ofendida (ex.: art. 236, parágrafo único, CP).

Ação penal no crime complexo

Art. 101. Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.⁹

9. Ação penal no crime complexo: crime complexo é aquele composto de dois ou mais tipos penais. Ex.: roubo = furto + lesões corporais ou ameaça. Diz o art. 101 que, quando um dos elementos ou das circunstâncias do crime constituir delito autônomo, pelo qual cabe ação pública incondicionada, caberá esta também para o crime complexo. Assim, tomando o mesmo exemplo supra-referido do roubo, pode-se dizer que, se para o furto cabe ação pública incondicionada e para as lesões leves, condicionada, segundo a regra do art. 101, para o roubo a ação será sempre incondicionada. Esse dispositivo, no entanto, conforme crítica correta feita por parte da doutrina, é inútil. Tudo poderia ser resolvido simplesmente pela aplicação do art. 100: o crime somente é de ação pública condicionada ou privada quando a lei assim estipular. Os demais serão sempre de ação pública incondicionada, de modo que é irrelevante o preceituado pelo art. 101. Há, entretanto, polêmica no tocante ao crime complexo em sentido amplo, vale dizer, o composto por um tipo penal associado a um outro fato penalmente lícito. É o caso do estupro, estruturado por um constrangimento ilegal agregado à relação sexual que, em condições normais, é lícita. Formam-se duas correntes: a) é crime de ação privada, pois o art. 225 fala que os delitos dos Capítulos I a III somente têm início por queixa, não abrangendo o art. 223 (quando há lesão grave ou morte). Além disso, o art. 225 mencionado deve suplantar o art. 101, pois constitui regra especial. Finalmente, o estupro não é crime complexo em sentido estrito, desmerecendo o tratamento dispensado pelo referido art. 101 do Código Penal (Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Frederico Marques, Delmanto, Magalhães Noronha, Damásio, João Mestieri). A forma qualificada do estupro, ao contrário, pode ser considerada crime complexo, pois é

um estupro associado a lesões graves; b) é crime de ação pública incondicionada, pois é um delito complexo, mesmo que em sentido amplo, podendo-se utilizar o art. 101 do Código Penal. Na verdade, essa posição, adotada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 608), advém de política criminal. Diante da gravidade do fato e da vontade de camuflar o crime, atitude geralmente presente por parte da vítima, deliberou a Suprema Corte ser o crime de ação pública incondicionada. Pensamos que deveria prevalecer a vontade legislativa, ou seja, o art. 101, por ser norma geral, não pode suplantar o disposto no art. 225, que é especial. Logo, qualquer caso de estupro deveria ser considerado de ação privada (exceto as situações mencionadas pelo § 1.º do referido art. 225).

Irretratabilidade da representação

Art. 102. A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.¹⁰

10. Referência específica: no mesmo sentido: art. 25 do Código de Processo Penal. Quanto à requisição do Ministro da Justiça, a lei silencia, razão pela qual entendemos que também é admissível a retratação até o oferecimento da denúncia. Para maiores detalhes, consultar o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, nota 21 ao art. 25.

Decadência do direito de queixa ou de representação

Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3.º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.¹¹

11. Decadência: ver a nota 21 ao art. 107 e o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, notas 67 a 78 ao art. 38.

Renúncia expressa ou tácita do direito de queixa

Art. 104. O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.¹²

Parágrafo único. Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

12. Renúncia ao direito de queixa: ver a nota 23 ao art. 107 e o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, notas 155 a 158-A ao art. 49 e notas 159 e 160 ao art. 50.

Perdão do ofendido

Art. 105. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.¹³

13. Perdão: ver a nota 23 ao art. 107 e o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, notas 161 a 179, cuidando dos arts. 51-59.

Art. 106. O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I – se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II – se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III – se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1.º Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2.º Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.¹⁴

14. Perdão: ver a nota 23 ao art. 107 e o nosso livro *Código de Processo Penal comentado*, notas 161 a 179, tratando dos arts. 51-59.

Da extinção da punibilidade¹⁻⁵

1. Conceito de extinção da punibilidade: é o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei. Não se deve confundir *extinção da punibilidade* com condição objetiva de punibilidade, condição negativa de punibilidade (também denominada escusa absolutória) e com *condição de procedibilidade*. Ver notas abaixo.

2. Condições objetivas de punibilidade: são as condições exteriores à conduta delituosa, não abrangidas pelo elemento subjetivo, que, como regra, estão fora do tipo penal, tornando-se condições para punir. São causas extrínsecas ao fato delituoso, não cobertas pelo dolo do agente. Ex.: sentença declaratória de falência em relação a alguns casos de crimes falimentares (art. 180, Lei 11.101/2005). São chamadas, também, de *anexos do tipo* ou *suplementos do tipo*. Nada impede, no entanto, que estejam inseridas no tipo penal, embora mantenham o seu caráter refratário ao dolo do agente, isto é, não precisam por este estar envolvidas. Observe-se o disposto no art. 91 da Lei 8.666/93: “Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, *cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário*: Pena –detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa” (grifamos). Nesse caso, a condição objetiva de punibilidade, que é a anulação do contrato em juízo, está inserida no tipo. No sentido que defendemos estão também as lições de Juarez Tavares (*Teoria do injusto penal*, p. 199-204) e Américo Carvalho (*A legítima defesa*, p. 143-144). Outro exemplo recente, consolidado por decisão do Supremo Tribunal Federal, é a consideração da solução

definitiva do processo administrativo, que apura a existência de débitos tributários, como condição objetiva de punibilidade, para autorizar o ajuizamento de ação penal por crime contra a ordem tributária. Somente se pode concluir ser penalmente relevante uma obrigação tributária não cumprida quando, administrativamente, conclui-se que há débito. Do contrário, poder-se-ia iniciar a ação penal – o que significa, por si só, um constrangimento – para, depois, na órbita administrativa, apurar-se que nada é devido aos cofres públicos (STF HC 84.092, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 22.06.2004, v. u.).

3. Condições negativas de punibilidade (escusas absolutórias): são as escusas especiais e pessoais, fundadas em razões de ordem utilitária ou sentimental, que não afetam o crime, mas somente a punibilidade. Têm efeito idêntico ao das condições objetivas de punibilidade, mas natureza jurídica diversa. Ex.: art. 181, I e II, ou art. 348, § 2.º, do Código Penal (crimes contra o patrimônio e favorecimento pessoal, respectivamente). Nas palavras de Higuera Guimera, as escusas absolutórias “são fatos alheios à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade do sujeito, mas que são indispensáveis para que a conduta seja punível” (*Las excusas absolutórias*, p. 56). E continua o autor: “O pressuposto para que se possa aplicar uma escusa absolutória é a existência prévia de uma conduta típica, antijurídica e culpável. O delito pode atingir o grau de consumação ou de tentativa” (ob. cit., p. 77).

3-A. Diferenças entre as condições objetivas de punibilidade e as condições negativas de punibilidade: quanto aos

efeitos, ocorrendo a objetiva, impõe-se a pena; ocorrendo a negativa, exclui-se a punibilidade (as escusas absolutórias são condições de punibilidade formuladas pelo legislador no sentido negativo); por outro lado, as condições objetivas repercutem no cenário do concurso de pessoas, afastando a punição do partícipe; as negativas são de caráter pessoal, não influenciando na punição do partícipe (cf. Higuera Guimera, *Las excusas absolutórias*, p. 56).

4. Condições de procedibilidade: são as condições ligadas ao processo, que, uma vez presentes, autorizam a propositura da ação. Ex.: representação do ofendido nos crimes de ação pública condicionada.

5. Causas gerais e específicas: são gerais (comuns) as que se aplicam a todos os delitos (ex.: morte, prescrição etc.); são específicas (particulares) as que somente se aplicam a alguns tipos de delitos (ex.: retratação do agente nos crimes contra a honra). Em regra, ocorrendo uma dessas causas, extingue-se a possibilidade do Estado de impor uma pena ao agente, embora remanesça o crime praticado. Há duas exceções que permitem a exclusão do próprio delito: anistia e *abolitio criminis*. Quando um fato deixa de ser considerado criminoso (*abolitio*) ou o Estado declara esquecê-lo (anistia), é natural que afaste a concretização do crime.

Extinção da punibilidade⁶⁻⁷

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:^{8-8-A}

I – pela morte do agente;⁹⁻¹¹

II – pela anistia,¹² graça¹³⁻¹⁴ ou indulto;¹⁵⁻¹⁸

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;¹⁹

IV – pela prescrição,²⁰ decadência²¹ ou perempção;²²

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;²³

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;²⁴

VII – (Revogado pela Lei 11.106/2005);²⁵⁻²⁶

VIII – (Revogado pela Lei 11.106/2005);²⁷⁻²⁸

IX – pelo perdão judicial,²⁹ nos casos previstos em lei.^{30-30-A}

6. Comunicabilidade das causas extintivas da punibilidade: são causas que se comunicam aos co-autores e partícipes: a) o perdão para quem o aceitar; b) a *abolitio criminis*; c) a decadência; d) a perempção; e) a renúncia ao direito de queixa; f) a retratação no crime de falso testemunho. São causas que não se comunicam: a) a morte de um dos co-autores; b) o perdão judicial; c) a graça, o indulto e a anistia (esta última pode incluir ou excluir co-autores, conforme o caso); d) a retratação do querelado na calúnia ou difamação (art. 143, CP); e) a prescrição (conforme o caso; ex.: um agente é menor de 21 anos e o outro não é).

7. Momentos de ocorrência: havendo extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da sentença, atinge-se o *jus puniendi* do Estado, não persistindo qualquer efeito do processo ou da sentença condenatória. Ex.: prescrição da pretensão punitiva, decadência, renúncia. Quando a extinção da punibilidade for decretada após o trânsito em julgado, extingue-se a pretensão executória do Estado – imposição da pena –, remanescendo, no entanto, os efeitos secundários da sentença condenatória, tais como lançamento do nome no rol dos culpados, reincidência, entre outros.

8. Rol exemplificativo: o rol do art. 107 do Código Penal é apenas exemplificativo, podendo-se encontrar outras causas em diversos pontos da legislação penal.

São também causas: a) o ressarcimento do dano no peculato culposos (art. 312, § 3.º, CP); b) o decurso do prazo do *sursis*, sem revogação (art. 82, CP); c) o término do livramento condicional (art. 90, CP); d) o cumprimento de pena no exterior por crime lá cometido (art. 7.º, § 2.º, *d*, CP); e) a morte do ofendido no caso do art. 236 do CP (“contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior”), pois a ação só pode ser intentada pelo contraente enganado; f) as hipóteses previstas em leis especiais, tal como, a título de exemplo, o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia, nos crimes de sonegação fiscal (art. 34, Lei 9.249/95), ou, ainda, a não representação do ofendido na Lei 9.099/95.

8-A. Causas de extinção da punibilidade implícitas: podem existir. Embora a lei não seja expressa, é possível verificar a ocorrência de extinção da punibilidade por causa implicitamente considerada como tal. É o caso do art. 522 do Código de Processo Penal: “No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada”. Nos crimes contra a honra, antes de receber a queixa, o juiz oferece às partes a oportunidade de reconciliação. Se isto ocorrer, a queixa *será arquivada*, ou seja, extingue-se a punibilidade implicitamente, pois não se trata nem de renúncia, nem de perdão, que são causas explícitas de extinção da punibilidade.

9. Morte do agente: aplica-se a esta causa extintiva da punibilidade o princípio geral de que a morte tudo resolve (*mors omnia solvit*). A Constituição Federal cuida, também, da matéria, mencionando no art. 5.º, XLV, 1.ª parte, que a pena não deverá passar da pessoa do condenado, embora

o perdimento de bens possa atingir os sucessores nos casos legalmente previstos. Aliás, justamente por isso é que a pena de multa, ainda que considerada uma dívida de valor, como estipula o art. 51 do Código Penal, com sua nova redação, morrendo o sentenciado antes do pagamento, deve ser extinta, jamais se transmitindo aos herdeiros a obrigação de quitá-la. É natural que somente os efeitos civis subsistam a cargo dos sucessores. Exige-se a certidão de óbito – que “tem por finalidade certificar a existência da morte e registrar a sua causa, quer do ponto de vista médico, quer de eventuais aplicações jurídicas, para permitir o diagnóstico da causa jurídica do óbito: seja o homicídio, o suicídio, o acidente ou a morte chamada natural” (Marco Segre) – para provar a morte, a teor do disposto no art. 62 do Código de Processo Penal.

9-A. Morte do agente e interesse recursal: é natural que, falecendo o indiciado ou o réu, durante o trâmite do inquérito ou do processo, deve o magistrado julgar extinta a punibilidade, afetada a pretensão punitiva do Estado, arquivando-se o feito. Porém, se o réu morrer após ter sido condenado, durante o trâmite do seu recurso, pode haver interesse no seu processamento, manifestado por parente ou representante legal, já que a condenação pode produzir reflexos em outras áreas, como na esfera cível. Questão semelhante foi abordada pelo TRF – 1.ª Região, conhecendo e dando provimento a apelo de réu falecido, cujo filho manifestou interesse no processamento, para alterar o fundamento da absolvição. Confira-se: “Com o falecimento do interessado, foram os autos arquivados; entretanto, seu filho manifestou-se alegando interesse econômico e moral no processamento e no julgamento do recurso interposto, razão pela qual o juízo monocrático determinou a remessa dos autos ao TRF – 1.ª Região,

independentemente de contra-razões, para apreciação da admissibilidade do apelo. A Terceira Turma, por maioria, admitiu o recurso ponderando que, embora o Ministério Público Federal tenha se manifestado pela inadmissibilidade, por entender que a morte do réu inexoravelmente põe fim ao processo, o problema não se resume a tais considerações. Na espécie, o sucessor do apelante tem legítimo interesse no julgamento do recurso, porquanto o fato tem repercussão na área fiscal, e a sentença penal que declarou a insuficiência de provas não impede o andamento do processo fiscal, pelo qual responderão os herdeiros, na proporção das forças da herança. Além disso, a lei penal tutela o sentimento de respeito aos mortos, como valor cultural e como patrimônio de honra da família, mesmo não sendo os mortos mais sujeitos de direitos, seja com a tipificação de crimes contra a sua memória, seja permitindo a revisão criminal por iniciativa de certos parentes, seja ensejando a nomeação de curador no caso de morte do revisionado. Ressaltou o julgado que o legítimo interesse do filho do falecido mais avulta, quando questões morais estão envolvidas na discussão, como no caso, em que o apelante falecido teve o seu nome envolvido em sonegação fiscal, sendo do mais vivo interesse dos familiares limpar da sua memória tal acusação, ainda que fosse desprovida de dimensão patrimonial” (Ap. 2001.34.00.015802-3-DF, 3.^a T., rel. Olindo Menezes, 01.03.2005, m. v., *Bol.* 180).

10. Morte presumida: quanto à morte presumida (art. 6.^o do Código Civil), a doutrina divide-se: alguns sustentam que, declarada a morte no campo civil, pode-se aproveitar tal decreto no contexto criminal, extinguindo-se a punibilidade (Hungria, Noronha, Fragoso). Outros, no entanto, seguem à risca o disposto no art. 62 do

Código de Processo Penal, aceitando somente a certidão de óbito para a extinção da punibilidade (Mirabete, Damásio). Parece-nos que a questão deve ficar restrita à expedição ou não da certidão de óbito: se esta for expedida em procedimento civil (art. 88, Lei 6.015/73), deve o juiz criminal aceitá-la para todos os fins. Entretanto, se a certidão não for expedida, considerando-se a *morte presumida* somente para efeito de administração de herança ou qualquer outro fim, não há que se falar em extinção da punibilidade. Aguarda-se, neste caso, a ocorrência da prescrição. É certo que a Lei 10.406/2002 (atual Código Civil) acrescentou outras hipóteses de declaração de morte presumida, como ocorre no art. 7.^o (“Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento”). Nesses casos, diversamente da ausência, em que se presume a morte somente pelo fato de alguém desaparecer por certo tempo de seu domicílio, sem deixar notícia ou paradeiro, busca o juiz cível – como se faz, aliás, na Vara dos Registros Públicos em caso de morte trágica – o paradeiro de pessoas que estavam em perigo de vida, cuja morte é *extremamente* provável ou quando desapareceram em campanha ou foram feitas prisioneiras, sem que fossem encontradas até 2 anos após a guerra, fixando a sentença a provável data do falecimento. Parece-nos, pois, que, registrada a decisão, pode-se dar o mesmo efeito da certidão de óbito, declarando-se extinta a punibilidade.

11. Certidão de óbito falsa: outra polêmica que circunscreve o tema é a relativa à certidão de óbito falsa. Caso o réu apresente uma certidão falsa e obtenha, com isso, a decretação da extinção da sua punibilidade, pode haver revisão? A maioria da doutrina posiciona-se, corretamente, pela negativa. Inexiste no direito brasileiro a hipótese de revisão *pro societate*, como há expressamente no Código de Processo Penal italiano (art. 69). Daí por que não se pode reabrir o processo contra o réu, sendo o caso de, no máximo, puni-lo pela falsidade. Enquanto o legislador não alterar a lei, prevendo tal possibilidade de revisão em favor da sociedade, cabe aos juízes cautela redobrada antes de declarar extinta a punibilidade do réu. Há decisões em contrário na jurisprudência, com base nos seguintes argumentos: a) se não houve morte, estava ausente o pressuposto da declaração de extinção da punibilidade, não podendo haver coisa julgada; b) a decisão de extinção da punibilidade é apenas interlocutória, não gerando coisa julgada material. *Posição do STF*, embora antiga: “Revogação do despacho que julgou extinta a punibilidade do réu, à vista do atestado de óbito, baseado em registro comprovadamente falso: sua admissibilidade, vez que referido despacho, além de *não fazer coisa julgada* em sentido estrito, fundou-se exclusivamente em fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos” (HC 55.901-SP, 1.^a T., rel. Cunha Peixoto, 16.05.1978, v. u.). Idem: “A extinção da punibilidade do paciente baseou-se exclusivamente em documento falso, forjado pelo próprio réu, qual seja o registro criminoso de seu óbito e a conseqüente juntada aos autos da certidão comprobatória de sua morte. Ora, uma decisão proferida em tais circunstâncias, fundada exclusivamente em fato insubsistente, é juridicamente inexistente, não produz

efeitos, mesmo porque, como bem pondera o Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, pela douta Procuradoria Geral, estribado na autoridade de Manzini, a tese contrária violaria o ‘princípio segundo o qual é inadmissível que o autor de um delito venha a ser beneficiado em razão da própria conduta delituosa’. A decisão que julga extinta a punibilidade, por outro lado, segundo a grande maioria de nossos processualistas em matéria penal – Magalhães Noronha, Eduardo Espínola Filho, Hélio Tornaghi –, não é sentença no seu sentido próprio, mas, sim, um despacho interlocutório misto, que decide incidentes da causa, sem examinar o mérito desta, pondo fim ao processo” (HC 60.095-RJ, 1.^a T., rel. Rafael Mayer, 30.11.1982, v. u., *RTJ* 104/1063). Mais recente: “As alegações foram afastadas com base em reiterada jurisprudência do STF. A primeira, em face do entendimento de ser possível a revogação da decisão extintiva de punibilidade, à vista de certidão de óbito falsa, por inexistência de coisa julgada em sentido estrito, pois, caso contrário, o paciente estaria se beneficiando de conduta ilícita. Nesse ponto, asseverou-se que a extinção da punibilidade pela morte do agente ocorre independente da declaração, sendo meramente declaratória a decisão que a reconhece, a qual não subsiste se o seu pressuposto é falso” (HC 84.525-MG, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 16.11.2004, v. u., *Informativo* 370). Com a devida vênia, conforme já expusemos, trata-se, em verdade, de uma revisão criminal em favor da sociedade *camuflada*, ainda que seja para reparar uma injustiça, não prevista pela lei processual penal. E mais: a decisão que julga extinta a punibilidade é, em nosso entender, terminativa, analisando o mérito, justamente ao declarar não mais haver pretensão punitiva do Estado (é uma sentença terminativa de mérito em sentido amplo).

12. Anistia: é a declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social. O instituto da anistia volta-se a *fatos*, e não a pessoas. Como ilustração, mencionemos a Lei 6.683/79, concessiva da mais ampla anistia que o Brasil experimentou nas últimas décadas: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (art. 1.º). Pode ocorrer antes da condenação definitiva – anistia própria – ou após o trânsito em julgado da condenação – anistia imprópria. Tem a força de extinguir a ação e a condenação. Primordialmente, destina-se a crimes políticos, embora nada impeça a sua concessão a crimes comuns. Aliás, o próprio constituinte deixou isso bem claro ao dispor, no art. 5.º, XLIII, não caber anistia para crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, querendo dizer, portanto, que, se o Poder Público quisesse, poderia concedê-la a delitos comuns. Pode ser *condicionada* ou *incondicionada*, vale dizer, pode ter condições a serem aceitas pelo beneficiário ou não. Se for condicionada, pode ser recusada; do contrário, não cabe recusa. De um modo ou de outro, uma vez concedida, não pode mais ser revogada. É oportuno falar, ainda, em anistia *geral* ou *parcial*. A primeira favorece a todos os que praticaram determinado fato, indistintamente. A segunda beneficia somente alguns (ex.: os não reincidentes). Finalmente, ela pode ser *irrestrita* ou *limitada*, conforme

abranja todos os delitos relacionados ao fato criminoso principal ou exclua alguns deles. A anistia só é concedida por meio de lei editada pelo Congresso Nacional. Possui efeito *ex tunc*, ou seja, apaga o crime e todos os efeitos da sentença, embora não atinja os efeitos civis. Serve, também, como já mencionado anteriormente, para extinguir a medida de segurança, nos termos do art. 96, parágrafo único, do Código Penal. Deve ser declarada a extinção da punibilidade, quando concedida a anistia, pelo juiz da execução penal. Tratada no art. 107 do Código Penal como excludente de punibilidade, na verdade, a sua natureza jurídica é de excludente de tipicidade, pois, *apagado* o fato, a consequência lógica é o afastamento da tipicidade, que é adequação do fato ao tipo penal.

13. Graça ou indulto individual: é a clemência destinada a uma pessoa determinada, não dizendo respeito a fatos criminosos. A Lei de Execução Penal passou a chamá-la, corretamente, de indulto individual (arts. 188 a 193), embora a Constituição Federal tenha entrado em contradição a esse respeito. No art. 5.º, XLIII, utiliza o termo *graça* e no art. 84, XII, refere-se tão-somente a *indulto*. Portanto, diante dessa flagrante indefinição, o melhor a fazer é aceitar as duas denominações: *graça* ou *indulto individual*. Tratando-se de um perdão concedido pelo Presidente da República, dentro da sua avaliação discricionária, não sujeita a qualquer recurso, deve ser usada com parcimônia. Pode ser total ou parcial, conforme alcance todas as sanções impostas ao condenado (total) ou apenas alguns aspectos da condenação, quer reduzindo, quer substituindo a sanção originalmente aplicada (parcial). Neste último caso, não extingue a punibilidade, chamando-se *comutação*. Pode ser provocada por petição do condenado, por iniciativa do Ministério

Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa. Exige-se o parecer do Conselho Penitenciário, seguindo ao Ministério da Justiça. Após, delibera sobre o pedido o Presidente da República, que pode, no entanto, delegar a apreciação aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União (art. 84, parágrafo único, da Constituição). Assim como o indulto coletivo, pressupõe sentença condenatória com trânsito em julgado, servindo para apagar somente os efeitos executórios da condenação, mas não os secundários (reincidência, nome no rol dos culpados, obrigação de indenizar a vítima etc.). Torna possível, uma vez concedida, extinguir a medida de segurança. Ver, ainda, a Súmula 6 do Conselho Penitenciário: “A graça, plena ou parcial, é medida de caráter excepcional, destinada a premiar atos meritórios extraordinários praticados pelo sentenciado no cumprimento de sua reprimenda ou ainda atender condições pessoais de natureza especial, bem como a corrigir equívocos na aplicação da pena ou eventuais erros judiciais. Assim, inexistindo na condenação imposta ao reeducando qualquer erro a ser reparado ou excesso na dosimetria da pena e não revelando a conduta do mesmo nada de excepcional a ser premiado, é inviável a concessão do benefício da graça”. É preciso garantir que a aplicação da graça tenha uma finalidade útil de recompensa ao acusado ou condenado que, realmente, mereça. Não se pode transformar o instituto em uma *loteria*, ou seja, anualmente, sorteiam-se, ao acaso, situações de presos que são agraciados sem nada terem feito para receber a benesse. Essa não é a tradição da graça. Ilustrando, no direito medieval, “o agente que revidava uma agressão, agindo de acordo com a discriminante não era absolvido, mas a sua punibilidade era extinta pelo instituto da graça, impetrada ao soberano” (Célio de

Melo Almada, *Legítima defesa*, p. 40). Em outros termos, a legítima defesa não era excludente de ilicitude, mas de punibilidade, dependendo, pois, da misericórdia e senso de justiça do soberano. Note-se, assim, o seu evidente caráter de realização de justiça no caso concreto.

14. Avaliação judicial na graça e no indulto: preceitua o art. 192 da Lei de Execução Penal que, “concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação”, dando a entender que o magistrado poderá, conforme seu critério, decretar extinta a punibilidade. O fato é que, havendo qualquer tipo de condição no decreto presidencial, cabe a análise ao Judiciário, a fim de verificar se o beneficiário faz jus ao indulto. Somente quando o decreto for dirigido a uma pessoa (graça), sem estabelecer qualquer condição, o juiz é obrigado a acatar, liberando o condenado. Se, porventura, o Presidente de República, pretendendo conceder graça, fizer menção a decreto anterior de indulto coletivo, transfere ao magistrado a possibilidade de, valendo-se do art. 192 da LEP, efetivar ou não o benefício. Nesse sentido, deixando de cumprir a graça concedida em decreto presidencial, porque houve expressa menção ao decreto de indulto coletivo: “Ora, ao baixar o Decreto 668/92, o Presidente da República reconheceu que uma certa coletividade de sentenciados poderia se beneficiar do indulto desde que os seus integrantes atendessem a certos e determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva, a serem examinados pelos juízes da execução penal após o parecer do Conselho Penitenciário. Se o Decreto 668/92 estabelece que o juiz da execução é que deve decidir sobre a matéria (art. 8.º, § 1.º), o Presidente da República não podia comutar a pena do agravante

baseando-se em tal decreto, na medida em que praticou ato privativo de órgão julgante que integra o Poder Judiciário. Andou bem, portanto, o nobre magistrado ao deixar de aplicar o decreto ora em discussão e, em consequência, não atender ao disposto no artigo 192 da Lei de Execução Penal” (TJSP, Ag. 171.095.3/7-SP, 5.^a C., rel. Poças Leitão, 16.03.1995, v. u.).

15. Indulto coletivo: é a clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (v. g., cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes). O indulto pode ser *total*, quando extingue todas as condenações do beneficiário, ou *parcial*, quando apenas diminui ou substitui a pena por outra mais branda. Neste último caso, não se extingue a punibilidade, chamando-se *comutação*. Controversa é a possibilidade de concessão do indulto a réu condenado, com recurso em andamento. Defende Frederico Marques a impossibilidade, pois é pressuposto do indulto a sentença condenatória definitiva, mas essa, atualmente, é uma questão superada. Predomina o entendimento de ser possível a concessão do indulto se já houve trânsito em julgado para a acusação. E, mesmo que seja beneficiado com o indulto, pode ainda ser o recurso do réu apreciado, no mérito, pelo tribunal. Ressalte-se, a título de exemplo, o disposto no Decreto 2.838, de 06.11.1998: “Os benefícios previstos neste Decreto são aplicáveis, ainda que: I – a sentença condenatória tenha transitado em julgado somente para a acusação, sem prejuízo do julgamento do recurso da defesa na instância superior; II – haja recurso da acusação que não vise alterar a quantidade da pena aplicada ou as condições exigidas

para a concessão do indulto e da comutação” (art. 4.^o). Se o condenado estiver em gozo de *sursis* pode também ser beneficiado com o indulto. Aliás, é o que deixou bem claro o referido Decreto 2.838/98 (art. 1.^o, VII). Por outro lado, pode haver soma de penas para aplicação do indulto. Nesse sentido já havia decisão do Supremo Tribunal Federal, agora consolidada pelos mais recentes decretos que têm concedido o indulto (v. g., Decreto 2.838/98, art. 6.^o: “As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação”). Somente pode haver recusa por parte do beneficiário caso o indulto seja condicionado. Uma vez concedido, serve para extinguir os efeitos principais da sentença condenatória, mas não os secundários, salvo se o decreto assim o autorizar. Chama-se *indulto incidente* o referente a uma só das penas sofridas pelo condenado, em vias de cumprimento.

15-A. Indulto condicional: é a clemência concedida sob a condição de aperfeiçoamento futuro, isto é, o condenado pode ser colocado em liberdade, mas deve apresentar bom comportamento por certo período, normalmente dois anos, sob pena de não ser reconhecido o perdão concedido, voltando a cumprir a pena, perdendo a eficácia o indulto. Exemplificando com o Decreto 5.295, de 2004: “Art. 10. Aperfeiçoar-se-á o indulto depois de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da expedição do termo de que trata o art. 12, devendo o beneficiário, nesse prazo, manter bom comportamento e não ser indiciado ou processado por crime doloso, excetuadas as infrações penais de menor potencial ofensivo. § 1.^o Se o beneficiário vier a ser processado por crime doloso, praticado no período previsto no *caput*, considera-se prorrogado o prazo para o aperfeiçoamento do indulto, até o julgamento definitivo do processo. § 2.^o Não impedirá o aperfeiçoamento do indulto a

superveniência de decisão condenatória da qual resultem penas restritivas de direitos cumuladas ou não com multa, ou suspensão condicional da pena. Art. 11. Decorrido o prazo previsto no art. 10 e cumpridos os requisitos do benefício, o Juiz, ouvidos o Conselho Penitenciário, o Ministério Público e a defesa, declarará extinta a pena privativa de liberdade”.

15-B. Indulto facultativo: se fixadas condições para o indulto (como ocorre no caso do indulto condicional), o condenado pode aceitá-lo ou rejeitá-lo. Confirma-se no Decreto 5.295/2004: “Art. 12. O Presidente do Conselho Penitenciário ou a autoridade responsável pela custódia do preso, após a sentença concessiva do benefício *aceito pelo interessado*, chamará a sua atenção, em cerimônia solene, para as condições estabelecidas por este Decreto, colocando-o em liberdade, de tudo lavrando, em livro próprio, termo circunstanciado, cuja cópia será remetida ao Juízo da Execução Penal, entregando-se outra ao beneficiário”.

15-C. Indulto coletivo e crimes hediondos e assemelhados: não é possível a concessão de indulto coletivo aos condenados por delitos hediondos e equiparados, a teor do disposto pelo art. 2.º, I, da Lei 8.072/90. Há quem sustente ser esse dispositivo inconstitucional, uma vez que a Constituição Federal (art. 5.º, XLIII) teria vedado a concessão de anistia ou graça, mas não mencionou o indulto. Logo, quando a norma constitucional não proíbe, seria defeso à lei ordinária fazê-lo. Não comungamos desse entendimento (maiores detalhes são expostos na nota 28 ao art. 2.º da Lei 8.072/90 em nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*). Em verdade, houve mera falha de redação do mencionado art. 5.º, XLIII, CF. Onde se lê *graça*, leia-se *indulto*, pois ambos significam, na essên-

cia, a mesma coisa. Tanto é verdade que o Presidente da República tem competência expressa para conceder apenas indulto (art. 84, XII, CF), olvidando-se a graça. Ora, sempre o chefe do Executivo concedeu graça e não deixou de fazê-lo em face da redação, também lacunosa, do mencionado art. 84, XII. Por isso, parece-nos perfeitamente adequada a proibição feita pelo art. 2.º, I, da Lei 8.072/90. A questão ainda não chegou aos tribunais, pois todos os decretos presidenciais dos últimos anos têm negado o direito ao indulto em relação aos condenados por crimes hediondos e equiparados. Mas, em outros moldes, chegou-se a apresentar o tema ao Supremo Tribunal Federal. A visão levantada diz respeito à proibição estabelecida pelo decreto presidencial, que seria, em tese, inconstitucional, pois o art. 5.º, XLIII, CF, não vedaria o indulto expressamente. Cremos que o Pretório Excelso bem decidiu afastando essa alegação. Sem ingressar no mérito da questão, ou seja, se o art. 2.º, I, da Lei 8.072/90 é constitucional ou não, no que concerne à proibição da concessão de indulto, deliberou-se que o Presidente da República não está obrigado a eleger determinadas condições para a concessão do benefício – ao contrário, é livre para fixar as que considerar justas. STF: “Afastou-se, ademais, a alegação de que o Presidente da República, ao excluir da lista de indultados os autores de crimes hediondos, ter-lhes-ia imposto uma restrição que a Constituição não estabelece, estando nisso a coação ilegal sofrida pelo paciente. Considerou-se que o indulto seria instrumento de política criminal de que disporia o Chefe do Poder Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, decisão esta sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal. Assim, o Presidente da República teria, no exercício de um juízo que informa tipicamente os atos de governo, excluído

do rol dos indultados os apenados pela prática de crimes hediondos, sem cometer nenhuma ilegalidade ou ofensa à Constituição. Acrescentou-se que, ainda que se entendesse que a Constituição não teria proibido a concessão de indulto aos condenados pelos referidos delitos, haver-se-ia de convir que não obrigou o Chefe do Poder Executivo a outorgar o benefício. O Min. Marco Aurélio acompanhou o relator apenas quanto à preliminar de não conhecimento, ao fundamento de não caber ao Supremo, não conhecendo do writ, manifestar-se relativamente à matéria de fundo” (HC 90364/MG, Pleno, rel. Ricardo Lewandowski, 31.10.2007, *Informativo* 486).

16. Necessidade de apreciação pelo juiz da execução criminal: o decreto de indulto do Presidente da República não produz efeito por si mesmo, devendo ser analisado pelo juiz da execução penal, que tem competência para decretar extinta a punibilidade do condenado, se for o caso. Aliás, os decretos presidenciais contêm condições objetivas e subjetivas, que necessitam de avaliação judicial, ouvindo-se o Ministério Público. Nesse sentido: “O Decreto Presidencial que concede comutação da pena não é auto-executável, mas dependente de decisão judicial que verifique se o interessado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos” (TJSP, Ag 304.150-3-SP, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 23.04.2001, m. v., *JUBI* 60/01).

17. Comutação (indulto parcial) e crime hediondo ou equiparado: os decretos presidenciais trazem, como regra, a vedação para aplicar o indulto – parcial ou total – aos crimes hediondos e assemelhados. A polêmica se instaura, no entanto, no que diz respeito à possibilidade de aplicar o indulto aos crimes hoje considerados hediondos, mas que à época da sua prática não o eram, pois inexistia a Lei 8.072/90. Há

duas posições a esse respeito: a) *não pode ser concedida a crime hediondo, sob qualquer hipótese*, mesmo que praticado o delito antes da vigência da Lei 8.072/90: TJSP: “O sentenciado cumpre pena por latrocínio, crime hoje considerado de natureza hedionda pela Lei 8.072, de 25.07.1990, modificada pela Lei 8.930, de 06.09.1994. O Decreto 2.365/97 veda a concessão do benefício aos ‘condenados por crimes hediondos definidos na Lei 8.072/90, de 25.07.1990, modificada pela Lei 8.930, de 06.09.1994’ (art. 8.º, II). Os delitos elencados no art. 1.º da Lei 8.072/90 são tipificados no Código Penal. No geral, a Lei 8.072/90 não definiu os tipos penais considerados hediondos, apenas limitou-se a elencá-los, para os fins nela dispostos. Historicamente, sempre houve vedação à concessão de indulto total ou parcial a delitos como o cometido pelo sentenciado (por exemplo, os art. 7.º, III, do Decreto 2.002/96; art. 7.º, I, do Decreto 1.860/96; art. 7.º, III, do Decreto 1.645/95; art. 7.º, III, do Decreto 1.242/94; art. 7.º III, do Decreto 953/93; art. 6.º, I a III do Decreto 668/92; art. 6.º do Decreto 245/91; art. 6.º, II, do Decreto 98.389/89; art. 3.º, II, do Decreto 97.164; art. 3.º, II, do Decreto 96.035/88; art. 3.º, III, do Decreto 95.290/87 e art. 7.º do Decreto 89.097/85). (...) Ressalte-se que a regra é o cumprimento da pena, enquanto o indulto e a comutação de penas são exceções. Assim, o Decreto 2.365/97 deve ser interpretado de forma restritiva. Em consequência, deve-se entender que todos os delitos elencados na Lei 8.072/90, independente de terem sido cometidos antes de 25.07.1990, não podem ser beneficiados com indulto ou comutação de penas. É o entendimento pacífico deste Egrégio Tribunal: ‘Pena – Comutação – Crime hediondo – Pedido fundamentado em decreto de indulto – Cometimento do delito anteriormente à Lei federal 8.072, de 1990 – Irrelevância – Decreto que faz ressalva de

sua não aplicação a crimes considerados de gravidade dilatada – Agravo não provido' (RJTJ 192/322). No mesmo sentido: RJTJ 188/339" (Ag. 272.607-3/1-SP, 6.^a C., rel. Debatin Cardoso, 29.04.1999, v. u.). Idem: TJSP: "O indulto coletivo, por configurar uma *clementia principis*, fica adstrito às condições estabelecidas. Assim, não fere o princípio da anterioridade da lei penal o decreto concessivo que veda expressamente o benefício para os hoje denominados crimes hediondos, mesmo que o delito se tenha dado antes da dicção da lei que complementou dispositivo constitucional específico (art. 5.^o, XLIII)" (Ag. 287.409-3, Presidente Prudente, 2.^a C., rel. Ângelo Gallucci, 19.06.2000, m. v., JUBI 48/00); b) *pode ser concedida, se o decreto não vedar expressamente*: STJ: "1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a comutação de penas, por se tratar de indulto parcial, constitui ato discricionário do Presidente da República, cabendo a ele definir a extensão do benefício. 2. O art. 8.^o do Decreto 5.295/04 é claro ao excluir o benefício da comutação apenas aos que tenham cometido o delito hediondo após a edição da Lei 8.072/90, sendo, portanto, descabido o indeferimento do pleito do paciente, com fundamento exclusivo na hediondez do delito, o qual foi praticado em 11.02.1990. 3. Ordem concedida para que, afastada a vedação à concessão do benefício da comutação quanto ao crime de homicídio qualificado praticado em 11.02.1990, seja analisada pelo Juízo de Execuções Criminais a possibilidade de comutação da pena atribuída ao paciente, obedecidos os parâmetros do Decreto 5.295/04" (HC 91.198-SP, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 26.02.2008, v. u.). No mesmo sentido: TJSP: "Comutação – Decreto Presidencial 2.365, de 1997 – Inexistência de ressalva de sua não aplicação nos casos de crimes elencados como

hediondos, praticados antes da Lei 8.072/90 – Ininvocabilidade dos Decretos Presidenciais de anos anteriores para suprir a lacuna – Analogia *in malam partem* inadmissível na esfera penal – Benefício concedido – Agravo não provido" (Ag. 271.018-3, Bauru, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 12.04.1999, v. u.); Ag. 271.483-3/7-SP, 1.^a C., rel. David Haddad, v. u., 12.04.1999. Posicionamo-nos pela segunda corrente, pois é inconcebível que um delito cometido antes da vigência da Lei 8.072/90 seja considerado hediondo, prejudicando o condenado, por qualquer pretexto que seja. Trata-se, no fundo, de uma retroatividade de lei penal prejudicial ao réu, o que é vedado pelo art. 1.^o do Código Penal e pelo art. 5.^o, XL, da Constituição Federal. É intrínseco que a definição dos crimes hediondos e assemelhados, fazendo parte inexorável da figura típica incriminadora, está prevista no art. 1.^o da referida Lei 8.072/90, não ficando ao alvedrio do magistrado considerar hediondo o que não era. Fosse assim e também aos crimes cometidos antes da vigência da lei mais grave deveria ser modificado o regime prisional (fechado integral) (lembremos, no entanto, que, atualmente, o STF passou a considerar inconstitucional o regime fechado *integral* para os delitos hediondos, conforme exposto na nota 18 ao art. 33, o mesmo fazendo a Lei 11.464/2007) e o prazo do livramento condicional (dois terços), o que é inadmissível. Atualmente, os decretos de indulto já prevêm essa questão, adotando a posição que ora sustentamos. Confira-se: Decreto federal 5.295, de 02.12.2004: "Art. 8.^o Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os condenados: (...) II – por crime hediondo, praticado após a edição da Lei 8.072, de 25.07.1990, observadas as alterações posteriores".

18. Indulto (parcial ou total) e cometimento de falta grave: incompatibi-

lidade. O indulto pressupõe merecimento e este está intimamente relacionado ao cumprimento da pena, de modo que, se o sentenciado cometeu falta grave, é natural que não possa obter o favor legal. Assim: TACRIM/SP, Ag. 1082243/4-SP, 5.^a C., rel. Décio Barretti, 27.11.1997, v. u.

19. Abolitio criminis: trata-se de lei nova deixando de considerar determinada conduta como crime. Nesse caso, como já abordado nos comentários ao art. 2.^o, ocorre o fenômeno da *retroatividade da lei penal benéfica*. Assim acontecendo, nenhum efeito penal subsiste, mas apenas as consequências civis. O art. 107 a insere no contexto das excludentes de punibilidade, mas, na realidade, sua natureza jurídica é de excludente de tipicidade, pois, desaparecendo do mundo jurídico o tipo penal, o fato não pode mais ser considerado *típico*.

20. Prescrição: é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social. Há duas maneiras de se computar a prescrição: a) pela pena *in abstracto*; b) pela pena *in concreto*. No primeiro caso, não tendo ainda havido condenação, inexistente pena para servir de base ao juiz para o cálculo da prescrição. Portanto, utiliza-se a pena máxima em abstrato prevista para o delito. No segundo caso, já tendo havido condenação com trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena tornou-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição. Nesse sentido, conferir o disposto na Súmula 146 do STF: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Há várias teses fundamentando a existência da prescrição em

diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no nosso. Podem-se enumerar as seguintes: a) *teoria do esquecimento*: baseia-se no fato de que, após o decurso de certo tempo, que varia conforme a gravidade do delito, a lembrança do crime apaga-se da mente da sociedade, não mais existindo o temor causado pela sua prática, deixando, pois, de haver motivo para a punição; b) *teoria da expiação moral*: funda-se na idéia de que, com o decurso do tempo, o criminoso sofre a expectativa de ser, a qualquer tempo, descoberto, processado e punido, o que já lhe serve de aflição, sendo desnecessária a aplicação da pena; c) *teoria da emenda do delinqüente*: tem por base o fato de que o decurso do tempo traz, por si só, mudança de comportamento, presumindo-se a sua regeneração e demonstrando a desnecessidade da pena; d) *teoria da dispersão das provas*: lastreia-se na idéia de que o decurso do tempo provoca a perda das provas, tornando quase impossível realizar um julgamento justo muito tempo depois da consumação do delito. Haveria maior possibilidade de ocorrência de erro judiciário; e) *teoria psicológica*: funda-se na idéia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena. Em verdade, todas as teorias, em conjunto, explicam a razão de existência da prescrição, que não deixa de ser medida benéfica e positiva, diante da inércia do Estado em sua tarefa de investigação e apuração do crime.

21. Decadência: trata-se da perda do direito de ação privada ou de representação por não ter sido exercido no prazo legal. Atinge o direito de punir do Estado. A regra geral, estabelecida no art. 103 do Código Penal, é a seguinte: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se

não o exerce dentro do prazo de 6 (*seis*) *meses*, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3.º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia”. As exceções apontadas pela lei são as seguintes: a) *30 dias* da homologação do laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial. Ainda no tocante à propriedade imaterial, além dos 30 dias, após a homologação, vigem ainda os 6 meses a contar da data do fato: “Mesmo na hipótese dos crimes contra a propriedade imaterial, em que não se admite a queixa fundada em apreensão ou perícia, se decorrido o prazo de 30 dias após a homologação do laudo (CPP, art. 529), impõe-se a observância do prazo semestral de decadência, como previsto no art. 38 do Código de Processo Penal, pois, sendo o mesmo instituído para tutelar o direito de liberdade, *não seria lógico que a promoção da ação penal ficasse a juízo de oportunidade do ofendido que poderia dilatá-lo, retardando a busca e apreensão ou a perícia*” (STJ, REsp 103.231-SP, rel. Vicente Leal, 6.ª T., 16.04.1999, v. u., DJ 21.06.1999, p. 205, grifamos); b) *três meses* nos crimes da Lei de Imprensa. O prazo flui da data em que o ofendido ou seu representante souber da autoria do crime, sendo fatal e improrrogável. Conta-se como prazo penal (art. 10, CP). Quando a vítima é menor de 18 anos, o prazo para representar ou ingressar com queixa-crime corre somente para o representante. Alguns sustentam que, ao completar 18 anos, se ainda estava decorrendo o prazo legal para representar ou ajuizar queixa, a vítima terá somente o remanescente para exercer seu direito. Afinal, o prazo decadencial é um só. Portanto, exemplificando, se um menor com 17 anos e 10 meses for vítima de um delito de ação pública condicionada, conhecendo-se o autor do fato de imediato, ao completar 18 anos terá apenas mais quatro

meses para representar. Outros defendem que, ao atingir 18 anos, terá o ofendido seis meses integrais para representar, pois antes o prazo não corria em relação à sua pessoa. Baseiam-se na Súmula 594 do STF: “Os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”. Assim, o ofendido deve ter seis meses, o mesmo prazo que seu representante legal possui. Esta última parece-nos ser a posição correta. Reformulamos pensamento anterior, no sentido de que, se o prazo para o menor se esgotara antes de completar ele 18 anos, não possuiria seis meses para representar contra seu ofensor. cremos que, sendo os prazos independentes, o menor deve tê-lo por inteiro, ao atingir os 18 anos. O prazo é interrompido com a apresentação da queixa em juízo, quando cuidar de ação privada, mesmo sem o recebimento formal pelo magistrado, ou da representação à autoridade policial ou ao membro do Ministério Público, quando se tratar de ação penal pública condicionada. A lei diz que “decai do direito” se não o “exercer” em seis meses. A propositura da ação significa o *exercício* do direito.

22. Perempção: trata-se de uma sanção pela inércia do particular na ação penal privada, impedindo-o de prosseguir na demanda. *Perempção* origina-se de *perimir*, que significa matar, destruir. É instituto aplicável apenas na ação penal privada exclusiva, e não na subsidiária da pública. Há *quatro hipóteses* (art. 60 do Código de Processo Penal): 1.ª) iniciada a ação, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos. Ex.: deixa de pagar despesas do processo; retira os autos por mais de 30 dias sem devolver; não oferece alegações finais. Para considerar perempta a ação nesse caso, deve o juiz verificar, com cautela, o seguinte: a) se o querelante foi intimado,

pessoalmente, a dar prosseguimento; b) se o motivo da paralisação não constituiu força maior; c) se a desídia foi do querelante e não de serventário da justiça ou do próprio querelado; 2.^a) falecendo o querelante, ou ficando incapaz, não comparecem em juízo, para prosseguir no processo, dentro de 60 dias, seus sucessores, nessa ordem: cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 36, CPP); 3.^a) o querelante deixa de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente ou não formula pedido de condenação nas alegações finais. Basicamente, não há caso em que o querelante deva estar presente. Mas se ele e seu defensor faltam a uma audiência, por exemplo, sem justificativa, pode ocorrer a perempção. Quanto ao comparecimento em audiência de conciliação nos crimes contra a honra, entende a maioria da doutrina não ser obrigatório estar presente; 4.^a) o querelante, pessoa jurídica que se extingue, não deixa sucessor. Ocorre ainda a perempção em ação penal privada, no caso de morte do querelante, quando for personalíssima: induzimento a erro essencial (art. 236, CP).

23. Renúncia e perdão: *renúncia* é a desistência de propor ação penal privada. Para a maioria da doutrina, a renúncia é aplicável à ação penal subsidiária da pública, embora isso não impeça o Ministério Público de denunciar. *Perdão* é a desistência do prosseguimento da ação penal privada propriamente dita. Nota-se, pois, como são semelhantes os dois institutos. A única grande diferença entre ambos é que a renúncia ocorre antes do ajuizamento da ação e o perdão, depois. Tanto a renúncia como o perdão podem ser expressos ou tácitos. Expressos, quando ocorrem por meio de declaração escrita e assinada pelo ofendido ou por seu procurador, com poderes especiais (não obrigatoriamente advogado). Tácitos, quando o querelante praticar atos

incompatíveis com o desejo de processar o ofensor (art. 104, parágrafo único, 1.^a parte, e art. 106, § 1.^o, CP). Ex.: reatamento de amizade, não se incluindo nisso as relações de civilidade ou profissionais. Admite-se qualquer meio de prova para demonstrar a ocorrência da renúncia ou do perdão tácitos. Lembremos que receber indenização pelos danos causados não implica em renúncia, em regra (art. 104, parágrafo único, 2.^a parte, CP), embora na Lei 9.099/95 possa implicar (art. 74, parágrafo único). É preciso salientar a indivisibilidade da ação penal: havendo renúncia no tocante a um, atinge todos os querelados (art. 49, CPP), exceto quando não conhecida a identidade de um deles. O mesmo ocorre quanto ao perdão. No caso de dois titulares do direito de representação, a renúncia de um não afeta o direito do outro. O mesmo acontece no tocante ao perdão: a concessão feita por um dos querelantes não afeta o direito dos demais. Na hipótese do art. 31 do CPP, no entanto, o perdão concedido por um sucessor deve contar com a concordância dos demais. Afinal, se dois quiserem acionar, o juiz deve respeitar a ordem do art. 31, e não seria justo que o cônjuge ingressasse com a ação penal para, dois dias depois, por exemplo, perdoar o querelado. A renúncia é ato unilateral, não dependendo de aceitação da outra parte, enquanto o perdão é bilateral, necessitando ser aceito pelo querelado para produzir efeito. Esta foi uma imperfeição do legislador, pois não se deve obrigar o querelante a prosseguir na ação penal. Se ele realmente desejar, pode provocar a perempção, que não depende de aceitação. O perdão pode ser concedido e aceito até o trânsito em julgado da decisão condenatória. É possível sua ocorrência dentro ou fora do processo, o mesmo valendo para a aceitação.

24. Retratação: é o ato pelo qual o agente reconhece o erro que cometeu e

o denuncia à autoridade, retirando o que anteriormente havia dito. Pode ocorrer: 1.º) nos crimes de calúnia e difamação (art. 143, CP), sendo que na Lei de Imprensa alcança também a injúria; 2.º) nos crimes de falso testemunho e falsa perícia (art. 342, § 2.º, CP). Somente pode se dar até a sentença de 1.º grau, embora existam opiniões defendendo a possibilidade de retratação até o trânsito em julgado da decisão condenatória. E mais: apenas tem valor quando ingressa nos autos, não dependendo de aceitação da parte contrária. No processo do júri, discute-se até que ponto pode o falso ser retratado: a) até a sentença de pronúncia; b) até a decisão do Tribunal do Júri; c) até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A melhor posição é a segunda. Não se deve acolher como momento-limite a sentença de pronúncia, pois é esta apenas uma decisão interlocutória, julgando a admissibilidade da acusação. A sentença proferida no plenário é a que julga o mérito da causa. Entretanto, se houver impronúncia ou absolvição sumária, o prazo para retratação tem por limite tais decisões. Para quem admite participação nos crimes de falso testemunho e falsa perícia (delitos de mão própria), a retratação de um dos co-autores pode beneficiar os demais? Há duas posições: a) não se comunica, pois vale a mesma regra dos crimes contra a honra: somente quem volta atrás não merece ser punido; b) comunica-se, pois a lei fala que o fato se torna “não punível”. Ora, se o fato não é mais digno de punição, natural que os concorrentes não possam ser condenados caso um deles declare a verdade, retratando-se. Esta última, no caso do falso testemunho, parece ser a melhor posição. A retratação, em qualquer situação, deve ser cabal e completa.

25. Casamento do(a) agente com a vítima: inciso revogado pela Lei 11.106/2005.

Entretanto, é preciso considerar que a referida lei entrou em vigor no dia 29 de março de 2005 (data da sua publicação no *Diário Oficial*), mas não pode ser aplicada, na parte em que revoga os incisos VII e VIII do art. 107, pois prejudicial ao réu, aos delitos contra os costumes cometidos até o dia 28 de março. Exemplificando: se um estupro é cometido no dia 26 de março de 2005 e a vítima se casa com o agressor no dia 10 de julho de 2005, está extinta a punibilidade do agente. Porém, no estupro cometido no dia 30 de março, ainda que a ofendida se case com o agente em julho, cuidando-se de delito cometido com violência real (Súmula 608, STF), o Ministério Público pode ingressar com a ação penal. Por isso, optamos por inserir alguns breves comentários sobre a causa de extinção da punibilidade em questão. Aplica-se aos delitos previstos nos arts. 213, 214, 215, 216, 216-A e 218 do Código Penal, excluindo-se as formas qualificadas do art. 223. O casamento pode ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Se acontecer antes, extingue a punibilidade do agente, afetando a pretensão punitiva do Estado. Se for celebrado depois, extingue a punibilidade do agente, afastando a pretensão executória do Estado (ver a nota 7 supra). Havendo o casamento, o benefício envolverá todos os co-autores e partícipes, pois é excludente de punibilidade objetiva. O propósito da Lei 11.106/2005, revogando o inciso em comento, é justamente buscar a valorização da vítima do crime praticado contra a liberdade sexual, impedindo que o matrimônio constitua motivo de afastamento da possibilidade punitiva do Estado em questão grave, em especial quando ocorrem estupro e atentado violento ao pudor. Cuida-se de nova política criminal estatal nesse cenário.

26. União estável: inciso revogado pela Lei 11.106/2005. Defendíamos a posição de

ser inaplicável a esta causa de extinção da punibilidade a ocorrência de união estável entre a vítima e o agente do delito. Porém, embora constituísse jurisprudência dominante a possibilidade de aplicação do benefício nesse contexto, há decisão do STF no prisma por nós sustentado: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de quatorze anos, e o filho, fruto da relação (CP: “*Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (...) VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes (...)*”). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável não poderia sequer ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir. Ressaltaram-se, também, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, quais sejam o de ter sido cometido pelo tutor da menor, e quando esta tinha nove anos de idade. Asseverou-se, por fim, o advento da Lei 11.106/2005, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que davam provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade, reconhecendo a união estável, e aplicando, por analogia, em face do art. 226, § 3.º, da CF, o inciso VII do art. 107 do CP, tendo em vista o princípio da ultratividade da lei mais benéfica” (RE 418376-MS, Pleno, rel. orig. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Joaquim Barbosa, 09.02.2006, m. v., *Informativo* 415).

27. Casamento de terceiro(a) com a vítima: *inciso revogado pela Lei 11.106/2005.* Nos mesmos termos expostos na nota 25 supra, ainda é viável a aplicação desta causa de extinção da punibilidade

aos delitos cometidos antes de 29 de março de 2005. Por isso, faremos alguns breves comentários. O casamento da vítima com terceiro somente pode se dar em delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa, logo, são os seguintes: arts. 215, 216, 216-A e 218. O matrimônio precisa ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além disso, a contar da data da celebração do casamento, a vítima tem o prazo decadencial de 60 dias para requerer o prosseguimento do inquérito ou da ação penal. Somente se não o fizer, ocorrerá a extinção da punibilidade.

28. União estável: *inciso revogado pela Lei 11.106/2005.* Ver os comentários feitos na nota 26 supra.

29. Perdão judicial: é a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica *excusa absolutória*, que não pode ser recusada pelo réu.

30. Natureza jurídica do perdão e da sentença que o concede: é causa de extinção da punibilidade. Exige expressa previsão legal, pois a pena tem como característica fundamental ser inderrogável. Quanto à sentença, há *várias posições* encontradas na doutrina e na jurisprudência: a) trata-se de *decisão condenatória*, subsistindo todos os efeitos secundários da condenação, tais como a inclusão do nome do réu no rol dos culpados, a possibilidade de gerar maus antecedentes, a obrigação de reparar o dano, entre outros (Noronha, Hungria, Mirabete, Damásio, Antonio Rodrigues Porto). Era também a posição do STF: “Perdão judicial – Impede a aplicação dos efeitos principais da condenação, mas subsistem

os efeitos secundários (lançamento no rol dos culpados e pagamento das custas) – Jurisprudência da Corte” (RE 115.995-2-SP, 1.^a T., rel. Oscar Corrêa, 26.04.1988, v. u., RT 632/396; RE 104.978-2-SP, 2.^a T., rel. Djaci Falcão, 19.03.1985, v. u., RT 601/438; RE 92.907-PR, 1.^a T., rel. Cunha Peixoto, 10.03.1981, v. u., e vários outros precedentes posteriores à Reforma Penal de 1984). Idem: TACRIM/SP, RT 647/317, 640/321, 620/310; RJDTACRIM 2/122, 3/151, 5/155; b) trata-se de *decisão declaratória*, mas que é capaz de gerar efeitos secundários, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a possibilidade de gerar maus antecedentes (Frederico Marques); c) é *decisão declaratória de extinção da punibilidade*, que nenhuma consequência gera para o réu. Para Rogério Lauria Tucci, trata-se de decisão terminativa do processo, pois é causa extintiva da punibilidade. Ainda segundo o autor, explora-se o percurso lógico do juiz que, para sentenciar, primeiro observa as consequências que o fato causou e a quem atingiu; depois, se não é caso de “perdoá-lo”, passa a analisar as provas referentes à procedência ou improcedência. Logo, o perdão judicial é “questão preliminar”. São as posições de Delmanto, Fragoso, Jair, Paulo José, Aníbal Bruno, Jorge Romeiro, Cernicchiaro. E também: “Natureza jurídica da sentença que o concede – Decisão meramente declaratória, e não condenatória – Cancelamento dos efeitos secundários da mesma (inclusão do nome do acusado no rol dos culpados e pagamento das custas processuais)” (TACRIM/SP, RT 601/330). Idem: RT 731/607, 626/310, 660/300, 659/281, 666/318, 685/333; RJDTACRIM 6/127, 11/134, 11/138, 12/108, 12/109; TJMG, RT 712/442; TAPR, RT 674/336, 675/387, 696/354, 716/467, 715/480; “A função sancionadora da sentença condenatória, no processo penal, traduz-se na aplicação da pena. Sendo, no entanto, da

essência do perdão judicial a não aplicação da pena, como se deduz dos dispositivos pertinentes do Código Penal, não se pode cogitar de condenação. A sentença concessiva do perdão judicial é extintiva de punibilidade, não sofrendo o réu nenhuma consequência penal. Interpretação dos arts. 107, IX, e 120 do CP” (STJ, REsp 2.657-PR, 6.^a T., rel. Costa Leite, 15.05.1990, v. u., RT 659/329). Idem: STJ, RT 684/375, RSTJ 16/467, 8/457; REsp 39.756-RJ, 5.^a T., rel. Jesus Costa Lima, 02.03.1994, v. u.; RSTJ 16/465, 4/1624, 16/467, 16/480, 16/472. Regula o tema a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”. Parece-nos ser uma decisão condenatória, pois ninguém perdoa um inocente. Ao contrário, é imperioso reconhecer a culpa do réu para, depois, verificando não ser necessária a sanção penal, perdoá-lo. Aliás, ao estabelecer expressamente, no art. 120 do Código Penal, que o perdão judicial não gera reincidência, pretendeu o legislador retirar de uma sentença tipicamente condenatória a sua aptidão para gerar esse efeito penal secundário. Entendemos, inclusive, que o réu tem o direito de recorrer da sentença concessiva de perdão judicial para pleitear a absolvição por negativa de autoria ou porque não teve qualquer culpa no evento danoso. Por que ser *perdoado* pelo Judiciário se não se é *culpado*? Note-se, também, que o Anteprojeto do Código de Processo Penal, na sua última versão (1983), diz, no art. 358, o seguinte: “À sentença que declarar extinta a punibilidade pela concessão do perdão judicial não se atribuem efeitos de condenação”. Ora, não fosse decisão condenatória, seria dispensável tal preceito na lei processual penal. Como ensina Sérgio de Oliveira Médici, “chamada de absolvição anômala por vários autores, a sentença concessiva de perdão

judicial apresenta conteúdo condenatório, pois o juiz somente perdoa o imputado nas hipóteses expressamente previstas em lei, após valoração da prova e verificação da procedência da acusação. Caso contrário, não haveria razão para perdoar”. E sobre a Súmula 18 do STJ diz: “Esta posição concilia os dois últimos entendimentos, pois, ao afastar *todos os efeitos condenatórios da decisão*, o Tribunal está, implicitamente, reconhecendo tratar-se de espécie de condenação” (*Teoria dos tipos penais*, p. 124 e 126).

30-A. Situações que ensejam o perdão judicial: encontramos na Parte Especial as seguintes possibilidades de concessão de perdão judicial: a) homicídio culposo (art. 121, § 5.º); b) lesão corporal culposa (art. 129, § 8.º); c) injúria (art. 140, § 1.º, I e II); d) outras fraudes (art. 176, parágrafo único); e) receptação culposa (art. 180, § 5.º); f) parto suposto, supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (art. 242, parágrafo único); g) subtração de incapazes (art. 249, § 2.º); h) apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 3.º); i) sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2.º). Na legislação penal especial, temos: a) Lei de Imprensa (art. 22, parágrafo único, *a e b*); b) Lei de Contravenções Penais (arts. 8.º e 39, § 2.º); c) Código Eleitoral (art. 326, § 1.º); d) Lei dos Crimes Ambientais (art. 29, § 2.º); e) Lei de Lavagem de Dinheiro (art. 1.º, § 5.º); f) Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha (art. 13).

Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.³¹

31. Norma penal explicativa: quer o legislador ressaltar a possibilidade de ocorrer extinção da punibilidade para um determinado crime, pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro, sem que este último seja afetado. Ex.: não é porque o furto prescreveu, extinguindo-se a punibilidade do agente, que a punibilidade da receptação sofrerá qualquer arranhão, ou porque a ameaça deixa de ser considerada delito que o roubo será afetado.

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença³²

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime,³³ verificando-se:³⁴⁻³⁷

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III – em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou, sendo superior não excede a 2 (dois);

VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.³⁸⁻³⁹

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.⁴⁰

32. Prazos de prescrição da pretensão punitiva: os prazos fixados neste

artigo, como regra, servem ao cálculo da prescrição da pretensão punitiva do Estado, isto é, a que ocorre em períodos anteriores à sentença condenatória com trânsito em julgado. Como já visto, o Estado perde o direito de punir o infrator, por ter demorado a fazê-lo. Apesar disso, o Código Penal se vale deste artigo para o cômputo da prescrição da pretensão executória, como se nota no art. 110. Sobre as consequências de a prescrição atingir a pretensão punitiva ou a pretensão executória do Estado, ver nota 20 ao art. 107.

33. Prescrição da medida de segurança: quando a medida de segurança é aplicada ao inimputável, há *três posições* a respeito: a) *só se aplica a prescrição da pretensão punitiva*: porque para a executória exige-se fixação de pena, o que não acontece no caso de medida de segurança. Portanto, antes da decisão, é possível haver prescrição; depois, não; b) *aplicam-se ambas as prescrições* (pretensão punitiva e pretensão executória). No caso da executória, porque não há pena e sim medida de segurança, calcula-se a prescrição pela pena em abstrato fixada ao crime; c) *aplica-se, normalmente, a prescrição da pretensão punitiva*: quando antes da decisão; após, diante do silêncio da lei, o melhor a fazer é verificar, antes de efetivar a medida de segurança de internação ao foragido, se o seu estado permanece o mesmo, ou seja, se continua perigoso e doente. Caso tenha superado a doença e a periculosidade, não mais se cumpre a medida de segurança. Ex.: o juiz aplica um ano de internação a alguém que está foragido. Encontrado dois anos depois, em vez de executar a medida, é melhor verificar se continua doente e perigoso. Não mais permanecendo nesse estado, a medida de segurança deve ser extinta. Do contrário, pode ser cumprida e o indivíduo será internado. Embora, tecnicamente, a melhor posição, em nosso entendimento,

seja a segunda, podemos considerar a terceira em casos especiais. Quanto ao semi-imputável, leva-se em conta a pena fixada e depois convertida em internação (art. 98, CP) para o cálculo da prescrição executória. A prescrição da pretensão punitiva ocorre normalmente, como nos demais casos.

34. Prescrição como matéria de ordem pública: tendo em vista que a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício, em qualquer fase do processo (STJ, REsp 60.870-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 19.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 209; REsp 64.452-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 19.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 210; STJ, REsp 68.139-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 19.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 210), ou por provocação das partes, inclusive em ações de impugnação ou, ainda, por meio de recursos (*habeas corpus*, revisão criminal e outros). Trata-se de matéria preliminar, ou seja, impede a análise do mérito. É a posição majoritária: “Prescrição – Prazo – Réu menor de 21 anos à época do fato – Aplicabilidade do art. 109, VI, c/c arts. 110, § 1.º, 114 e 115, todos do Código Penal – Exame do mérito prejudicado – Recurso provido para julgar extinta a punibilidade” (TJSP, Ap. 151.325-3, Pirassununga, rel. Lustosa Goulart, 21.07.1994, grifamos). Idem: “Verificada a extinção da punibilidade do recorrente em face da prescrição punitiva, o mérito do recurso não pode ser apreciado” (STJ, REsp 197.977-RO, rel. Edson Vidigal, 5.^a T., 04.05.1999, v. u., DJ 07.06.1999, p. 125). Assim já dizia a Súmula 241 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal”.

35. Prescrição e detração: debate-se se a detração pode influenciar nos prazos prescricionais. Sustentam alguns a pos-

sibilidade de descontar o prazo da prisão provisória no cálculo da prescrição, tal como se faz na pena definitiva, valendo a analogia por razões de equidade. Seria o seguinte: se o réu foi condenado a 1 ano e 6 meses – cujo prazo prescricional é de 4 anos –, tendo sido preso provisoriamente por 8 meses, restam 10 meses de prisão – cujo prazo prescricional é de 2 anos. Portanto, se o réu fugir antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve ser preso em, no máximo, 2 anos. Após, estará prescrita a pretensão executória do Estado. Uma *segunda posição* – a mais correta, em nosso entender – defende a impossibilidade de confundir institutos diversos. A detração, prevista no art. 42, serve apenas para descontar na pena definitiva o prazo de prisão provisória, enquanto a prescrição tem outra finalidade. Nesse sentido está a posição do Supremo Tribunal Federal: “Impossibilidade de computar, para efeitos prescricionais, o tempo de prisão provisória – Pedido indeferido. O tempo em que o réu esteve sujeito a prisão cautelar somente deve ser computado para os fins e efeitos do cumprimento da sanção penal. A prisão provisória é apenas computável na execução da pena privativa de liberdade. A norma inscrita no art. 113 do Código Penal não admite que se desconte da pena *in concreto*, para efeitos prescricionais, o tempo em que o réu esteve provisoriamente preso. Precedentes do STF” (HC 69.865-PR, 1.^a T., rel. Celso de Mello, 02.02.1993, v. u.). Utilizando o mesmo exemplo supracitado, se foi o réu condenado a 1 ano e 6 meses, apesar de ter sido preso por 8 meses, o prazo prescricional é de 4 anos, já que a detração não vai influenciar no cálculo da prescrição.

36. Imprescritibilidade: somente não se dá prescrição em dois tipos de crimes: racismo e ação de grupos armados, civis ou

militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, porque há expressa previsão constitucional (art. 5.^o, XLII e XLIV). Sobre o tema, manifestou-se o STF: “A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem” (HC 82.424-RS, Pleno, rel. para o acórdão Maurício Corrêa, 17.09.2003, m. v., RTJ 188/858).

37. Prescritibilidade no caso de suspensão do processo por citação ficta: o art. 366 do Código de Processo Penal estabeleceu que, no caso de réu citado por edital, não comparecendo para ser interrogado, deve-se suspender o curso do processo, suspendendo-se, também, a prescrição. Não estipulou prazo. Logo, há possibilidade de se interpretar que a suspensão permaneça até o dia em que o réu for encontrado. Mas, assim pensando, o crime se tornaria imprescritível, na prática. Não é o correto, pois, como vimos na nota anterior, somente dois delitos não prescreverem jamais. Dessa forma, o ideal é encontrar uma solução para o impasse. Têm a doutrina e a jurisprudência adotado a seguinte postura: o processo fica suspenso pelo prazo máximo em abstrato previsto para o crime, conforme o previsto no art. 109; em seguida, retoma-se o curso da prescrição, calculado pelo máximo da pena em abstrato previsto para o delito. Por isso, um processo por homicídio, por exemplo, ficaria paralisado por 20 anos. Depois, teria início a prescrição, que levaria

outros 20 anos. Conferir: STJ: “O período máximo de suspensão da fluência do prazo de prescrição, na hipótese do art. 366 do CPP, corresponde ao que está fixado no art. 109 do CP, observada a pena máxima cominada para a infração penal” (RHC 7.052-RJ, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 07.04.1998, v. u., *DJ* 18.05.1998, *RT* 754/575). Em contrário, sustentando a viabilidade da suspensão do prazo prescricional por tempo indefinido: STF: “A Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça local que mantivera decisão que, ao declarar a revelia do ora recorrido (CPP, art. 366), suspendera o curso do processo, mas limitara a suspensão do prazo prescricional ao da prescrição em abstrato do fato delituoso. Inicialmente, afastou-se a alegação de ofensa ao art. 97 da CF, no sentido de que a interpretação dada pela Corte *a quo* ao citado art. 366 do CPP consubstanciava-se em uma espécie de controle de constitucionalidade. Asseverou-se, no ponto, que, no controle difuso, a interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade prevista naquele dispositivo constitucional. No tocante à suspensão da prescrição, entendeu-se que a Constituição não veda que seu prazo seja indeterminado, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu-se que a Constituição se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (CF, art. 5.^o, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos. Por fim, considerou-se inadmissível sujeitar-se o período de suspensão de que trata o art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato, visto

que, do contrário, o que se teria seria uma causa de interrupção e não de suspensão. RE provido para determinar a suspensão da prescrição por prazo indeterminado. Precedente citado: Ext 1042/Governo de Portugal (j. 19.12.2006)” (RE 460971-RS, rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, v. u., *Informativo* 456).

38. Natureza dos prazos de prescrição da pretensão punitiva: são prazos penais, contando-se o dia do começo, não se suspendendo nas férias e sendo improrrogáveis. No cálculo da prescrição, influem as causas de aumento e de diminuição da pena, utilizando-se o limite máximo para o aumento e o percentual mínimo para a diminuição. Assim, exemplificando, se se tratar de uma tentativa, aplica-se a redução de 1/3 na pena máxima; se se tratar de um roubo com emprego de arma de fogo, aplica-se o aumento de metade na pena máxima. E, para a análise da prescrição, é preciso levar em consideração o fato criminoso narrado na denúncia, e não a classificação feita pelo Promotor de Justiça.

39. Prescrição antecipada ou virtual: é a constatação da prescrição, antecipadamente, levando-se em conta a pena a ser *virtualmente* aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado. Quando o juiz recebe a denúncia por uma lesão corporal simples dolosa, por exemplo, pode vislumbrar a possibilidade de, em caso de condenação, aplicar a pena mínima, ou seja, três meses de detenção. Nesse caso, estaria prescrita a pretensão punitiva do Estado, porque já teria decorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia um prazo superior a 2 anos. Se o magistrado se baseasse na pena *in abstracto* prevista para o crime, isto é, 1 ano (máximo possível), a pretensão punitiva prescreveria em 4 anos, de modo que ainda não teria ocorrido. A

maioria da jurisprudência não aceita a chamada *prescrição virtual*, pois entende que o juiz estaria se baseando numa pena ainda não aplicada, portanto num indevido pré-julgamento, embora seja realidade que, muitas vezes, sabe-se, de antemão, que a ação penal está fadada ao fracasso. Quando o juiz recebe uma denúncia por lesões corporais dolosas, de um réu primário, sem antecedentes, sentindo que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhe são favoráveis, tem noção de que aplicará pena inferior ao máximo; portanto, já tendo corrido um prazo superior a 2 anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, é natural que a pretensão punitiva do Estado esteja *virtualmente* prescrita. Assim, por uma questão prática, não haveria razão para esperar o final do processo, com o trânsito em julgado da pena inferior a 1 ano, para, então, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência de prescrição. Mas, no Código Penal, não há amparo para tal modalidade de prescrição, embora o legislador devesse cuidar dela no futuro, prevendo-a de maneira expressa. Por outro lado, não se deve decretar a extinção da punibilidade por prescrição durante o inquérito, pois a investigação pode desvendar outros delitos. Pela impossibilidade do reconhecimento: STF: “A tese dos autos já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja orientação é no sentido de refutar o instituto ante a falta de previsão legal” (RHC 86.950-MG, 2.^a T., rel. Joaquim Barbosa, *Informativo* 435); STJ: “Prescrição (virtual) da pretensão punitiva – Pena a ser concretizada no futuro – Impossibilidade da decretação antecipada. (...) Antes da sentença a pena é abstratamente cominada, calculando-se o prazo prescricional pelo máximo que, na espécie (12 anos), não dá ensejo à prescrição. Não pode ser decretada a extinção da punibilidade pela possibilidade futura de ser concretizada a pena mínima, ante a primariedade e os

bons antecedentes do réu” (HC 9.210-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 18.05.1999, v. u., *DJ* 07.06.1999, p. 134). Idem: STJ, REsp 196.003-PR, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 11.05.1999, v. u., *DJ* 14.06.1999, p. 234. TJSP: “A declaração de extinção de punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória, e não tomando por base dados aleatórios de uma provável pena em perspectiva, morosidade processual e tampouco sob a evasiva de não haver interesse de agir, máxime ante o desrespeito aos princípios do devido processo legal, da inocência presumida e da ampla defesa, na medida de privar o acusado a uma eventual absolvição” (RSE 319.408-3, Campinas, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 12.09.2000, v. u., *JUBI* 56/01). A despeito disso, acreditamos ser razoável dar outra solução ao problema. Em vez de julgar extinta a punibilidade, o que não encontra previsão legal, pode o magistrado, acolhendo pedido do Ministério Público, determinar o arquivamento do inquérito policial, por falta de interesse de agir, uma vez que este se constitui, dentre outros fatores, na utilidade do processo. Se não houver requerimento do órgão acusatório nesse sentido, pode o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, pelo mesmo fundamento. A Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo vem adotando esse posicionamento há algum tempo, quando o juiz, fundado no art. 28 do Código de Processo Penal, não acolhe o pedido de arquivamento do promotor, baseado na falta de interesse de agir, por ter sido considerada a hipótese da prescrição antecipada. Narra Luiz Antonio Guimarães Marrey sobre o tema: “Com apoio na doutrina, sempre entendi viável o reconhecimento da inexistência do interesse de agir, em face daquilo que se convencionou chamar ‘prescrição antecipada’ ou ‘prescrição virtual’, ou seja, quando se verifica que em face de pena a ser concretamente

aplicada ocorrerá a ‘prescrição retroativa’ (CP, art. 110, §§ 1.º e 2.º). Isto porque, tendo embora o acusado direito a uma sentença de mérito, nosso sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina, como regra, o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito, sempre que ocorrer uma causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique o exame do mérito da ação, como, *verbi gratia*, na hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional (art. 43, III, do CPP) [atual art. 395, II]” (Protocolado 15.553/00, art. 28 do CPP, Inq. 222/97, Comarca de Guarulhos, 01.03.2000). E, no mesmo sentido: “*Lesão corporal culposa – Falta de interesse de agir, diante de virtual prescrição*. Nosso sistema processual penal, inspirado no princípio da economia processual, determina o encerramento do processo, antes mesmo do julgamento do mérito, sempre que ocorrer causa extintiva da punibilidade, ou outra causa que prejudique ou torne desnecessário o exame do mérito, como, *verbi gratia*, a hipótese da inutilidade de virtual provimento jurisdicional (art. 43, III, do CPP) [atual art. 395, II]. Tratando-se de investigados primários e portadores de bons antecedentes, com culpa diminuta, é possível antever-se, com segurança, que a pena deverá, inexoravelmente, ser fixada no mínimo legal. Nada de útil, portanto, se poderá extrair da prestação jurisdicional de caráter punitivo, diante da virtual ‘prescrição retroativa’, que atinge a própria pretensão punitiva estatal e todos os seus efeitos. Decisão: Diante da absoluta ausência do interesse de agir ou legítimo interesse, insisto no arquivamento deste inquérito policial” (Protocolado 648/97, art. 28 do CPP, Processo 20/95, Foro Regional de Santana, São Paulo, 06.11.2001, Luiz Antonio Guimarães Marrey, Procurador-Geral de Justiça). Idem: Protocolado 002.267/00,

art. 28 do CPP, Inq. 1.374/97, Comarca de Guarulhos, 07.01.2000; Protocolado 13.449/00, art. 28 do CPP, Inq. 430/97, Comarca de Mauá, 21.02.2000.

40. Prazos prescricionais das penas restritivas de direitos: são os mesmos previstos para as penas privativas de liberdade justamente porque as restritivas são *substitutivas*, significando que não têm previsão autônoma no preceito secundário dos tipos penais incriminadores. Maiores detalhes podem ser vistos nos comentários ao art. 44.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória^{41-41-B}

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.⁴²⁻⁴³

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.^{44-44-A}

§ 2.º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.⁴⁵

41. Prescrição da pretensão executória: é a perda do direito de punir do Estado, levando-se em consideração a pena aplicada na sentença condenatória (ou acórdão, conforme exposto na próxima nota), mas ainda não executada, em virtude de determinando lapso temporal. Baseia-se, pois, na pena concreta para o Estado (art. 110, § 1.º, CP).

41-A. Equiparação ao acórdão condenatório: embora a lei faça referência apenas ao trânsito em julgado de sentença

condenatória, no tocante ao cálculo da prescrição da pretensão executória do Estado, é natural que se possa adicionar o *acórdão condenatório*. Afinal, não é raro que haja recurso e o tribunal se pronuncie (reformando sentença absolutória e emitindo acórdão condenatório; reformando sentença condenatória para alterar a pena; mantendo na íntegra a sentença condenatória). De toda forma, o acórdão substitui a sentença para efeito de execução, logo, conta-se a prescrição da pretensão executória do Estado a partir do trânsito em julgado da decisão do tribunal para a acusação. Para tanto, é curial ter a cautela de observar se houve recurso do órgão acusatório. Se este não recorrer, transitando em julgado eventual sentença condenatória, conta-se a prescrição a partir da data do trânsito em julgado da decisão de primeiro grau. Porém, caso haja recurso da acusação, somente o trânsito em julgado do acórdão (quanto ao órgão acusatório) permitirá o fluxo da prescrição executória.

41-B. Prazos da prescrição da pretensão executória e aumento por conta da reincidência: regulam-se os prazos pela pena aplicada e conforme os lapsos fixados pelo art. 109. Cabe 1/3 a mais no cálculo – acrescentando-se nos prazos estabelecidos no mencionado art. 109 – se o condenado for reincidente, assim reconhecido na sentença condenatória. Lembremos o conteúdo da Súmula 220 do STJ: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”. Nesse enfoque: “A dilação do prazo de prescrição em razão de reincidência do réu só ocorre tratando-se de prescrição depois de transitada em julgado a condenação, referindo-se, portanto, à pretensão executória, não tendo qualquer efeito sobre a pretensão punitiva” (TJSP, HC 258.883-3-SP, 3.^a C. de Férias Julho 1998, rel. Gonçalves Nogueira, 02.07.1998, v. u.). Portanto,

para o cálculo, devem-se tomar os prazos relacionados no art. 109, aumentando-os em um terço. Confirmando o entendimento: STF: HC 87716/SP, 1.^a T., rel. Cezar Peluso, 09.05.2006, *Informativo* 426.

42. Aumento em face da reincidência: ver nota anterior.

43. Aumento relativo à pena de multa: é inaplicável o aumento de um terço no prazo da prescrição da pretensão executória da pena de multa, quando esta é a única prevista ou a única aplicada, tendo em vista que o disposto neste artigo é taxativo, tratando apenas da elevação dos prazos do art. 109. Ora, quando a multa é a única pena cominada ou aplicada, seu prazo de prescrição é específico e vem disposto no art. 114, I.

44. Prescrição intercorrente, subsequente ou superveniente: é a prescrição da pretensão punitiva, com base na pena aplicada, com trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido seu recurso, que ocorre entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado desta. Eventualmente, pode se dar entre o acórdão condenatório (imaginemos, ilustrando, que o juiz de primeira instância absolveu o réu, o órgão acusatório recorreu e o tribunal, dando provimento ao apelo, proferiu condenação) e o trânsito em julgado deste julgado para a defesa. Alguns autores a chamam de prescrição “retroativa intercorrente”. Ex.: pena aplicada de 2 anos por furto, da qual recorre apenas a defesa. Se a sentença não transitar em julgado em menos de 4 anos, prescreve. Entretanto, se o Ministério Público recorrer, mas tiver insucesso no seu apelo, o prazo para a prescrição intercorrente corre da mesma forma, tal como se não tivesse havido o recurso. Se o recurso apresentando pelo Ministério Público não disser respeito à pena aplicada, não importa se tiver provimento, pois o prazo é computado normalmente

(RT 547/356, 553/379, 538/382, 553/422; RTJ 87/338; Lex 91/324). Ex.: o promotor recorre somente para alterar o regime aplicado e tem sucesso. Isso não é suficiente para interromper o curso da prescrição intercorrente. É a posição majoritária, mas há quem sustente em sentido contrário, ou seja, se o Ministério Público obtiver sucesso em qualquer linha do seu apelo, interrompe-se a prescrição. Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de haver recurso do Ministério Público, em relação à pena, conseguindo alteração do seu montante para mais, entretanto, sem provocar alteração do prazo prescricional. Nesse caso, considera-se presente do mesmo modo a ocorrência da prescrição intercorrente, pois equivale à não obtenção de sucesso no apelo. Ex.: imagine-se uma pena fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão. Recorre o Ministério Público para elevá-la. O Tribunal, embora dê provimento ao apelo, aumenta a pena para 2 anos. Ora, nessa hipótese, o prazo prescricional continua exatamente o mesmo, ou seja, 4 anos (de 1 a 2 anos prescreve em 4 – art. 109, V), razão pela qual, se entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado do acórdão, esse prazo já tiver sido atingido, não há dúvida de ter havido prescrição intercorrente. Nessa ótica, está a lição de Frederico Blasi Netto (*Prescrição penal*, p. 74).

44-A. Efeito da interposição de recursos especial e extraordinário: a prescrição intercorrente, como regra, conforme exposto na nota anterior, corre desde a data da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso, levando-se em conta a pena em concreto, até que ocorra o trânsito em julgado para a defesa. Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal considerou que o trânsito em julgado para a defesa deve ser computado no momento em

que cessa a possibilidade de haver recurso ordinário. Portanto, proferido julgamento em 2.º grau, sem cabimento de recurso ordinário para instância superior, caso a defesa ingresse com recurso especial ou extraordinário, se algum desses tiver sucesso, há a prorrogação do marco interruptivo da prescrição intercorrente; porém, se eles forem considerados inadmissíveis, os efeitos desse reconhecimento retroagem e não se considera consumada a denominada prescrição intercorrente. Confira-se: STF: “Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado à pena de quatro meses de detenção pela prática do crime de lesões corporais dolosas (CP, art. 129), em que se pleiteava o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Considerou-se irrelevante que tenha decorrido prazo superior a dois anos entre a data da publicação da sentença e o trânsito em julgado da decisão monocrática que negara seguimento a agravo de instrumento interposto contra o despacho que indeferira recurso extraordinário. Salientando que o trânsito em julgado da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição – a da pretensão punitiva, que termina com o trânsito em julgado, e a da prescrição executória, que se inicia com ele –, asseverou-se que o condenado pode obstar a formação da coisa julgada com a interposição de recursos especial e extraordinário. Entretanto, deve-se ter em conta que o recurso capaz de impedir essa qualidade da sentença é o recurso admissível, mas se o STF e o STJ

reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que decidido no juízo *a quo*, os efeitos desse reconhecimento retroagem” (HC 86.125-SP, 2.^a T., rel. Ellen Gracie, 16.08.2005, *Informativo* 398).

45. Prescrição retroativa: é a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso da acusação, ou improvido este, levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença. Trata-se do cálculo prescricional que se faz de frente para trás, ou seja, proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado, a pena torna-se concreta. A partir daí, o juiz deve verificar se o prazo prescricional não ocorreu entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a sentença condenatória. Ex.: o delito de lesões corporais, levando-se em conta a pena em abstrato (leia-se, o máximo previsto para o crime, ou seja, 1 ano), prescreve em 4 anos. Mas se o juiz aplicar a pena de 6 meses, da qual não recorre o Ministério Público, o prazo prescricional cai para 2 anos. Portanto, utilizando a prescrição retroativa, é possível a sua verificação entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a sentença condenatória. Tanto o juiz da condenação, quanto o da execução, podem reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa.

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final⁴⁶

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;^{47-47-B}

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;⁴⁸

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;⁴⁹⁻⁵⁰

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.⁵¹

46. Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva: são os previstos neste artigo, conforme a hipótese. Enquanto o início da prescrição da pretensão executória se dá a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação – ou depois de improvido seu recurso –, nos casos da pretensão punitiva ela tem início a partir da data do fato delituoso.

47. Variação da data consumativa: de acordo com a classificação dos crimes, deve-se verificar qual a data da consumação: *materiais*, no dia em que houve o resultado; *formais e de mera conduta*, na data da atividade; *omissivos próprios*, na data do comportamento negativo; *omissivos impróprios*, no dia do resultado; *preterdolosos ou qualificados pelo resultado*, na data do resultado; *culposos*, na data do resultado naturalístico. Quanto aos crimes habituais, ver a nota 50 ao inciso III, abaixo. Nos *crimes continuados*, vale a data da consumação de cada delito que os compõe.

47-A. Dúvida quanto à data da consumação: decide-se sempre em favor do réu. Pode ocorrer situação duvidosa quanto à consumação de um crime. Imagine-se um homicídio cometido há muito tempo e quando se descobre o cadáver já não há condições de se apontar exatamente o dia em que houve o crime. A perícia pode indicar aproximadamente a época da morte. Se o fizer, por exemplo, mencionando ter sido entre janeiro e junho de determinado ano, deve-se computar a prescrição a partir do dia 1.^o de janeiro e não do dia 30 de junho. E se qualquer outro delito tiver sido cometido, ilustrando, no ano de 1999, sem se poder precisar o dia ou o mês,

computa-se a prescrição a partir de 1.º de janeiro de 1999 e não de 31 de dezembro desse ano. Por vezes, pode emergir a data da consumação por meio de depoimentos testemunhais, não se sabendo ao certo qual o dia exato, v. g., de uma apropriação indébita. O juiz forma a sua convicção pelo depoimento mais convincente, em confronto com as demais provas. Se for inviável, pois cada testemunha aponta um dia diverso, utiliza-se a data mais favorável ao réu. É a prevalência do interesse do acusado atuando como princípio geral de direito penal e processo penal.

47-B. Crimes falimentares: a Lei 11.101/2005 estabeleceu que a prescrição, nos delitos falimentares, rege-se pelo disposto no Código Penal. Entretanto, quanto ao marco inicial, fixou o dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182). Como causa interruptiva, previu que a decretação da falência interrompe o curso da prescrição, se a contagem teve início com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, parágrafo único).

48. Início de prescrição na tentativa: é a partir do momento do último ato executório praticado pelo agente, antes de ser interrompido, contra a sua vontade, por terceiros.

49. Regra especial para os delitos permanentes: embora o delito permanente esteja consumado a partir de uma única ação (ex.: seqüestrar pessoa, privando-a da sua liberdade), o fato é que a subsequente omissão do agente (ex.: não soltar a vítima, após a privação da liberdade) permite a continuidade da consumação. Assim, para não haver dúvida a respeito do início da prescrição, estipulou o legislador

que, enquanto não cessada a permanência (leia-se, a consumação), não tem início a prescrição. Eventualmente, em caso de não haver cessação da permanência (ex.: a vítima do seqüestro não mais é localizada), começa-se a contar a prescrição a partir do início do inquérito ou do processo pelo Estado. Quanto aos crimes permanentes, ver nota 5 ao Título II da Parte Geral.

50. Prescrição dos crimes habituais: não são eles nem instantâneos, nem permanentes (a esse respeito, ver a nota 27 ao art. 229), como já defendemos, mas, por terem configuração similar ao delito permanente, além de ser mais segura essa forma de cômputo, entendemos que tem início a prescrição a partir do momento em que cessar a habitualidade. Esta pode ser considerada encerrada tanto pela finalização das atitudes do agente, quanto no instante em que há o ajuizamento de ação penal contra o autor do delito. Nessa ótica: STF: “Nos crimes habituais, o prazo da prescrição inicia-se da data da última das ações que constituem o fato típico. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de gestão temerária de instituição financeira (Lei 7.492/1986, art. 4.º, parágrafo único), pelo qual o paciente fora condenado. No caso concreto, o delito ocorrera entre junho de 1994 a março de 1995, e nos meses de outubro e novembro de 1996, sendo que a denúncia fora recebida em 24.07.2000. Considerou-se que, embora a reiteração se iniciara e, assim, ficara configurado o delito habitual, em junho de 1994, os atos posteriores não constituíram mero exaurimento, mas atos executórios que, juntamente com os demais, formaram um delito único. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia o *writ* por reconhecer a prescrição,

ao fundamento de não ser possível aplicar-se o disposto no inciso III do art. 111 do CP, por analogia, em prejuízo do réu (CP: 'Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência'). Indeferiu-se, ainda, por unanimidade, o requerimento de reconhecimento de prescrição retroativa" (HC 87987/RS, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 09.05.2006, m. v., *Informativo* 426).

51. Regra específica para bigamia e falsificação ou alteração de assentamento do registro civil: nesses delitos, a prescrição corre da data em que o fato se tornou conhecido da autoridade competente para apurar e punir o infrator. Nesse sentido: "Em se tratando de bigamia, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr da data em que o crime se tornou conhecido da autoridade pública (TJSP, RSE 189.329-3, 1.^a C., rel. David Haddad, 13.11.1995, v. u.). Idem: STJ, RHC 3499-RJ, 5.^a T., rel. José Dantas, 06.04.1994, v. u.; RHC 7206-RJ, 5.^a T., rel. José Dantas, 28.04.1998, v. u. O conhecimento da autoridade pode dar-se de modo presumido, quando o fato adquire notoriedade (pelo uso aparente do documento falso, por exemplo), ou de modo formal (apresentando-se a *notitia criminis*). A primeira posição é majoritária e parece-nos correta (TJPR, RT 662/309). Conferir, também: STJ: "Havendo completa impossibilidade de determinar-se a data da contrafação, da alteração ou da inserção de declaração falsa, pode-se tomar, como *dies a quo* do prazo prescricional, a data em que o documento começou a produzir efeito, começou a existir, teve o seu primeiro aparecimento no mundo jurídico ou foi utilizado para qualquer fim" (RHC 1.122-RS, 5.^a T., rel. Assis Toledo, 17.06.1991, v. u.).

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;⁵²⁻⁵³

II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.⁵⁴

52. Termo inicial da prescrição da pretensão executória: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, *para a acusação*. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória. Entretanto, a lei é clara: começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória. Por outro lado, uma vez revogado o *sursis* ou o livramento condicional, determinada a prisão, é natural que tenha início o prazo prescricional, pois o Estado tem um tempo certo para executar a pena. Há decisões, no entanto, que, preferindo não revogar o benefício, antes de ouvir o condenado, "sustam" o livramento condicional, por exemplo, até que ocorra a prisão. Assim, ouvido o sentenciado, revoga-se o benefício, caso as justificativas que apresente não sejam satisfatórias. Tal postura é benigna, por um lado, mas não se pode deixar de considerar que a prescrição tem início no instante em que houve a "sustação" do livramento condicional, pois o Estado não deve ter tempo indefinido para prender o condenado.

53. Sursis sem efeito: após a concessão do benefício, feita na sentença condenatória, somente se pode considerar o condenado em gozo do *sursis* após a audiência admonitória, prevista no art. 160 da Lei de Execução Penal (“Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas”). O prazo fixado para a suspensão condicional da pena somente começa a correr a partir da aceitação das condições impostas e lidas pelo magistrado nessa audiência (art. 158, LEP). Por isso, caso o sentenciado não aceite o benefício, porque é condicionado – ou deixe de comparecer à audiência –, deve o juiz torná-lo *sem efeito*. A revogação somente ocorre se o *sursis* for aceito e, posteriormente, o condenado descumprir as condições. Portanto, caso seja considerado *sem efeito*, o início da prescrição remonta à data do trânsito em julgado da sentença condenatória.

54. Interrupção da execução: ocorre quando o condenado deixa de cumprir a pena que lhe foi imposta, porque fuge do presídio, abandona o regime aberto ou deixa de seguir as restrições de direitos. Excepcionalmente, pode ser interrompida a execução, mas o período da interrupção pode ser computado como cumprimento de pena: é o que acontece quando o condenado adocece mentalmente, sendo transferido para hospital de custódia e tratamento (art. 41, CP). Consultar a nota 57 ao art. 41.

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.⁵⁵

55. Prescrição de pretensão executória: o dispositivo prevê que “pena cumprida é pena extinta”, de modo que não se pode computar, para o cálculo prescricional, a pena total do sentenciado, mas tão-somente o tempo restante. Ex.: se foi condenado a 13 anos de reclusão, cujo prazo prescricional se dá em 20 anos, caso tenha cumprido 6 anos, ocasião em que fugiu, deverá ser recapturado em 12 anos (prazo prescricional dos 7 anos que faltam), e não em 20.

Prescrição da multa

Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;⁵⁶⁻⁵⁷

II – no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.⁵⁸

56. Vigência do prazo penal: continua sendo computada em 2 anos, pois foi a única aplicada, mesmo após a modificação do art. 51 pela Lei 9.268/96: STJ, REsp 80.680-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 15.10.1996, v. u.; STJ, REsp 82.824-RN, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 25.11.1996, v. u.; STJ, REsp 114.546-MG, 6.^a T., rel. Cernicchiaro, 26.05.1997, v. u.; STJ, REsp 116.154-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 01.12.1997, v. u.; STJ, REsp 119.490-MG, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 03.02.1998, v. u.; STJ, REsp 138.846-SP, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 07.04.1998, v. u.; TACRIM/SP, Ap. 973.919, 8.^a C, rel. Barbosa de Almeida, 08.05.1997, v. u.; TARS, Ap. 297005951, 1.^a C., rel. Ribeiro de Oliveira, 11.06.1997, v. u.; TJES, Ap. 57979000114, rel. Dias Tristão, 11.02.1998; TJDF, Ap. 14499, 2.^a T., rel. Getúlio Pinheiro, 03.04.1997, v. u.;

TJDE, Ap. 17698, 2.^a T., rel. Vaz de Mello, 18.06.1997, v. u.

57. Aumento do prazo prescricional da pretensão executória da pena de multa: é inadmissível. Ver nota 43 ao art. 110, *caput*.

58. Regra específica: para esse cálculo, aplica-se a redução dos prazos de prescrição pela metade, por conta da idade, como determina o art. 115. Por outro lado, destaque-se que a modificação efetuada pela Lei 9.268/96, aumentando o prazo prescricional da pena de multa, para fazer com que acompanhe o prazo da pena privativa de liberdade, somente pode ser aplicada para fatos ocorridos após 1.^o de abril de 1996, pois se trata de lei mais gravosa.

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.^{59-59-B}

59. Menoridade relativa e senilidade: outra vez mais, o Código concede tratamento mais brando àqueles que são menores de 21 anos à época do crime ou maiores de 70 à época da sentença. Em qualquer caso – pretensão punitiva ou executória –, os lapsos prescricionais são reduzidos da metade. Ex.: se o condenado, com 20 anos, tendo a cumprir uma pena de 5 anos, foge, deverá ser recapturado em 6 anos: toma-se o prazo prescricional da pena de 5 anos, que é 12, reduzindo-o pela metade. Atualmente, de acordo com a Súmula 74 do STJ, a prova da idade deve ser feita por meio de qualquer documento hábil, não mais sendo necessária a certidão de nascimento. Como já destacamos na

nota 78 ao art. 65, para a qual remetemos o leitor, com a entrada em vigor do atual Código Civil (Lei 10.406/2002), que passou a considerar plenamente capaz para a vida civil o maior de 18 anos, nenhuma influência houve para a contagem pela metade dos prazos prescricionais. A referência do Código Penal ao menor de 21 anos é nítida e textual, não havendo ligação expressa com a menoridade civil. Podemos até argumentar que, em face da redução da idade civil para o alcance da maioridade, mereceria ser re-discutida a especial proteção que se confere, atualmente, ao menor de 21 anos (aliás, até mesmo a redução da maioridade penal poderia comportar debate). Entretanto, em fiel respeito ao princípio da legalidade, deve-se continuar aplicando o critério fixado pela lei penal, que é diverso da civil. Outro ponto importante a destacar é o advento do Estatuto do Idoso, que passou a dar especial proteção a pessoas maiores de 60 anos. Essa lei, no entanto, em nada alterou a contagem da prescrição, que continua a ser feita pela metade *somente* quando a pessoa atingir 70 anos na data da sentença. Aliás, se o legislador quisesse beneficiar, no campo da prescrição, o maior de 60 anos, poderia tê-lo feito, do mesmo modo que inseriu a agravante de crime praticado contra maior de 60 anos no art. 61, II, *h*, do Código Penal. Nesse prisma: STF: “A redução do prazo prescricional pela metade ocorre, nos termos do art. 115 do CP, quando o agente contar com 70 anos na data da sentença condenatória. Com base nesse entendimento e afirmando que o mencionado dispositivo não foi derogado pela Lei 10.741/2003, que define como idoso aquele que possui idade igual ou superior a 60 anos, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de condenado que completara 70 anos de idade após o julgamento da apelação e antes do trânsito em julgado

da sentença condenatória. Considerou-se que a prolação de acórdão somente deve ser reputada como marco temporal para a redução da prescrição quando: a) tiver o agente sido julgado diretamente por um colegiado; b) houver reforma da sentença absolutória em julgamento de recurso para condenar o réu; e c) ocorrer a substituição do decreto condenatório em sede de recurso no qual reformada parcialmente a sentença. Assim, não seria possível a aplicação do referido art. 115 do CP às hipóteses em que se confirma a condenação em sede de recurso, como ocorrera no caso. Por fim, asseverou-se que a idade prevista no Estatuto do Idoso foi fixada como parâmetro para direitos e obrigações nele definidos” (HC 86320-SP, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 17.10.2006, *Informativo* 445); HC 89969-RJ, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, 26.06.2007, m. v., porém o voto divergente diz respeito a matéria diversa deste ponto, *Informativo* 473; STJ: “O art. 1.^o do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença. Precedente” (RHC 16.856-RJ, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 02.06.2005, v. u., *DJ* 20.06.2005, p. 295).

59-A. Data da sentença e pronúncia: devemos considerar apenas a sentença no seu sentido estrito, isto é, de mérito, que acolhe ou rejeita a imputação, condenando ou absolvendo o réu, mas não a pronúncia, cuja natureza jurídica é de decisão interlocutória mista. Portanto, se o réu tem 67 anos no momento em que o juiz o pronuncia para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, mas completa 70 anos antes da decisão de mérito em plenário, é lógico que a prescrição será computada pela metade. Em caso concreto, opinou Pedro Henrique Demercian, pelo Ministério Público, pela extinção da punibilidade do

acusado que, após a decisão de pronúncia, completou os 70 anos, levando-se em conta que, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, já havia passado o prazo de 10 anos (prescrição em abstrato consolidada) (TJSP, Rec. Sentido Estrito 441.319.3/3-00, parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, de 20.10.2004).

59-B. Data do acórdão: em nosso entendimento, a lei é clara ao instituir o benefício do cômputo, pela metade, do período prescricional ao maior de 70 anos, na data da sentença. Por isso, pouco interessa a idade que possua no momento em que houver julgamento de recurso seu, proferindo-se um acórdão. Nessa linha: STF: “I – O lapso prescricional somente é reduzido à metade quando o agente conta com 70 (setenta) anos de idade na data da sentença condenatória. II – Hipótese dos autos em que o agente apenas completou a idade necessária à redução do prazo prescricional quando estava pendente de julgamento agravado de instrumento interposto de decisão que inadmitiu recurso extraordinário.” (Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 624.599-1, S. Paulo, 1.^a T., rel. Ricardo Lewandowski, 19.06.2007, v. u.). Entretanto, em posição divergente: STF: “No mérito, tendo em vista o que decidido na Ext 591/República Italiana (DJU 22.09.1995), asseverou-se que o art. 115 do CP, ao remeter à data da sentença, deve ser analisado de modo a conferir a tal expressão um sentido mais amplo. O Min. Marco Aurélio, relator, no ponto, salientou que esse vocábulo apanharia como marco temporal não a data do pronunciamento do juízo, mas aquela em que o título executivo penal condenatório se tornou imutável na via do recurso. Vencido o Min. Carlos Britto por considerar que o termo em questão refere-se à sentença de 1.^o grau” (HC 89969-RJ, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, 26.06.2007, *Informativo* 473).

Causas impeditivas da prescrição⁶⁰

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;^{61-61-A}

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.⁶²

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

60. Causas impeditivas ou suspensivas da prescrição da pretensão punitiva: *impedir* ou *suspender* a prescrição significa apenas “congelar” o prazo prescricional, que recomeçará a correr do ponto onde parou, tão logo a causa que fundamentou a suspensão termine.

61. Questões prejudiciais: são as previstas nos arts. 92 e 93 do Código de Processo Penal. O termo inicial é o despacho que suspende o processo e o final é o despacho que determina o prosseguimento. Ex.: se alguém estiver sendo processado por bigamia, embora, no foro cível, esteja tramitando ação de anulação de um dos casamentos, deve o magistrado suspender o feito criminal até a resolução da questão prejudicial. Durante esse período de interrupção, não corre o prazo prescricional.

61-A. Suspensão do processo criminal por outros motivos: não há suspensão da prescrição. Se o juiz suspender o curso do processo para aguardar decisão a ser proferida em procedimento administrativo (embora possa ter a denominação de *processo administrativo*), não é suficiente para deter o curso da prescrição. O mesmo ocorre se o processo for suspenso para aguardar a realização de laudo pericial para a constatação de inimputabilidade (incidente de insanidade mental) ou qualquer outra forma de proce-

dimento incidente (como, por exemplo, o de suspeição). Trata-se, no art. 116, I, do CP, de causa impeditiva do curso da prescrição, situação prejudicial ao réu – logo, aplica-se a interpretação estrita sobre o termo “processo”, referindo-se apenas àquele que se realiza em juízo, embora extrapenal.

62. Outras causas impeditivas da prescrição: a) a suspensão condicional do processo (art. 89, § 6.º, Lei 9.099/95); b) a suspensão do processo, em caso de ausência do réu citado por edital (art. 366, CPP); c) o tempo necessário para o cumprimento de carta rogatória, estando o acusado no estrangeiro (art. 368, CPP); d) a falta de autorização para o processo contra congressistas (art. 53, § 5.º, CF), enquanto durar o mandato do parlamentar. Neste último caso, após a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 35/2001, os parlamentares tiveram diminuída, sensivelmente, a denominada imunidade processual. Assim, se cometerem crimes após a diplomação, o STF pode dar início ao processo criminal, recebendo a denúncia ou queixa, sem autorização prévia. Comunicará o fato, no entanto, à Casa Legislativa respectiva, que poderá, pelo voto da maioria de seus membros, impedir o prosseguimento do feito. Se o fizer, suspende-se a prescrição a partir da comunicação ao Supremo Tribunal Federal.

Causas interruptivas da prescrição⁶³

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;^{64-64-C}

II – pela pronúncia;⁶⁵

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;⁶⁶

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;^{67-69-C}

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;⁷⁰

VI – pela reincidência.⁷¹

§ 1.º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime.^{72-72-B} Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2.º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

63. Interrupção do prazo de prescrição da pretensão punitiva: *interromper* a prescrição significa recomençar, por inteiro, o prazo prescricional. Ex.: se após o decurso de 2 anos do lapso prescricional, de um total de 4, houver a ocorrência de uma causa interruptiva, o prazo recomença a correr integralmente. As causas de interrupção do art. 117 são taxativas, não admitindo qualquer ampliação.

64. Recebimento da denúncia ou da queixa: pode se dar em 1.ª ou 2.ª instância. Na hipótese de haver rejeição da denúncia ou da queixa, não se interrompe o prazo prescricional. O mesmo ocorre se o recebimento da peça acusatória for anulado posteriormente, pois atos nulos não podem produzir efeitos, especialmente negativos em relação ao réu. Assim também o ensinamento de Antonio Rodrigues Porto: “Entendemos que, sempre que seja declarada nulidade processual, deixará de ter eficácia interruptiva a decisão atingida pela anulação; o ato nulo é como se não tivesse existido” (*Da prescrição penal*, p. 72). Em linha oposta: “O recebimento da denúncia é causa interruptiva da prescrição (art. 117, I, CP). Entendo que a anulação dessa decisão judicial não elimina sua consequência. Aqui, não se aplica a regra – ato nulo não produz efeito. Em se tratando de prescrição, e o instituto encerra a ideologia, busca-se policiar a atuação do Estado a fim de a solução do processo penal não se

alongar sem prazo razoável de conclusão” (STJ, HC 9.612-SP, 6.ª T., rel. Cernicchiaro, 22.06.1999, v. u., DJ 23.08.1999, p. 153). Por outro lado, se o recebimento ocorrer em 2.ª instância, prescinde-se do trânsito em julgado e não se leva em conta a interposição de embargos infringentes para a interrupção ter efeito (STF, 1.ª T., RT 628/384). Note-se que o recebimento da denúncia ou da queixa é causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva. Após a edição da Lei 11.719/2008, com a nova redação dada aos arts. 396 a 399 do Código de Processo Penal, inaugurou-se a discussão acerca do momento interruptivo da prescrição, pois, em face de equívoco na elaboração das normas citadas, dá-se a impressão de existência de dois momentos para o recebimento da peça inicial. Segundo cremos, a interpretação correta cinge-se ao recebimento mencionado no art. 396, desprezando-se, para todos os fins, o recebimento referido no art. 399 do CPP. Porém, remetemos o leitor aos comentários a tais artigos em nossa obra *Código de Processo Penal comentado*.

64-A. Necessidade de publicação da decisão de recebimento: não se deve considerar, para efeito de interrupção da prescrição, a data constante da decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, mas, sim, a de publicação do ato em cartório. Esta última confere publicidade ao ato e evita qualquer tipo de equívoco ou dubiedade.

64-B. Decisão de recebimento proferida por juiz incompetente: anulada a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa dada por juiz incompetente, somente se considera interrompida a prescrição caso se cuide de incompetência relativa. Entretanto, tratando-se de incompetência absoluta, a decisão não tem força para interromper o prazo prescricional. No mesmo sentido: Antonio Rodrigues Porto (*Da prescrição penal*, p. 68).

64-C. Reforma do processo penal: com a edição da Lei 11.719/2008, prevê-se, nos procedimentos ordinário e sumário (art. 394, § 1.º, CPP), o recebimento da denúncia ou queixa, tão logo recebido o inquérito concluído (ou outras peças de informação), conforme dispõe o art. 396, *caput*, do Código de Processo Penal. Entretanto, por falha de redação da novel lei, consta do art. 399, *caput*, do Código de Processo Penal, em tese, uma nova oportunidade para o recebimento da denúncia ou queixa. É natural não ser viável a coexistência de dois recebimentos da mesma peça acusatória, no processo. Dessa forma, deve prevalecer o disposto no art. 396, *caput*, do CPP, o primeiro recebimento, justamente a decisão que acarretará a interrupção da prescrição. Maiores detalhes, consultar os comentários aos arts. 396 e 399 do nosso livro *Código de Processo Penal comentado*.

65. Pronúncia: havendo desclassificação da infração penal pelo Tribunal do Júri (ex.: de tentativa de homicídio para lesões dolosas), a decisão de pronúncia continua sendo marco interruptivo da prescrição. É a posição majoritária (STF, *RT* 603/436, *RTJ* 124/969, *RT* 613/423; *RSTJ* 76/240; *RSTJ* 32/353); hoje avalizada pela Súmula 191 do STJ (de agosto de 1997): “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”. A impronúncia e a absolvição sumária, por seu turno, não têm o condão de interromper a prescrição.

66. Decisão confirmatória da pronúncia: acrescente-se a esta situação a hipótese de o tribunal pronunciar o réu, anteriormente impronunciado ou absolvido sumariamente pelo juiz. A razão de duas causas interruptivas, no procedimento do júri, explica-se pela complexidade e pela longa duração que ele normalmente apresenta. É causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva.

67. Sentença ou acórdão condenatórios recorríveis: a modificação introduzida pela Lei 11.596/2007, acrescentando ao inciso IV do art. 117 o *acórdão condenatório*, coloca fim a um dos pontos controversos em matéria de interrupção da prescrição. Outros, infelizmente, permanecem. Devemos salientar que já era jurisprudência majoritária a equiparação do *acórdão condenatório* (significa ter havido absolvição em primeiro grau, pois, do contrário, o acórdão estaria confirmando a anterior sentença e não *condenando* pela primeira vez) à sentença condenatória recorrível. Defendia-se que o acórdão poderia ser considerado como “sentença recorrível”, se fosse a primeira decisão condenatória ocorrida no processo, aliás, porque seria ela a fixar o *quantum* para o cálculo da prescrição *in concreto*. Nesse prisma, somente para ilustrar: STJ: “A condenação em 2.º grau, por força de recurso da acusação, interrompe a prescrição na data do julgamento. O legislador, como proclamado pelo STF, utiliza-se da expressão ‘sentença condenatória’ (art. 117, IV, do CP), no sentido de ‘decisão’, não havendo, portanto, diferença ontológica entre ‘acórdão condenatório’ e ‘sentença condenatória’, porque ambos estereotipam uma ‘decisão’” (RE 117.081, SP, 6.ª T., rel. Fernando Gonçalves, 24.06.1997, v. u.). Outro ponto que foi resolvido é a data exata de interrupção, ao menos da sentença condenatória. Dá-se no dia em que for publicada, vale dizer, entregue em mãos do escrivão, em cartório, conforme dispõe o art. 389 do CPP. No tocante ao acórdão, cremos que a tendência deve permanecer a mesma, anterior à Lei 11.596/2007, vale dizer, reputa-se publicado na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma – afinal, cuida-se de evento público. As partes podem, inclusive, acompanhar o julgamento. Não há a menor necessidade de se aguardar a redação do acórdão e sua

publicação em diário oficial (eletrônico ou não). Esta última situação continua a prevalecer para a contagem de prazo para recurso, mas não para interromper a prescrição. E quanto ao acórdão confirmatório da decisão condenatória? Não foi incluído na alteração. Logo, nesse caso, não se pode utilizá-lo para a interrupção da prescrição. Seria uma interpretação extensiva desnecessária e contrária aos interesses do réu. Olvidou-se boa oportunidade para tê-lo incluído também como causa interruptiva da prescrição. Nem se diga que *acórdão condenatório* é o mesmo que *acórdão confirmatório da condenação*. Com a devida vênia, não é. O *acórdão condenatório* está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é *acórdão confirmatório*, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução. Certamente, surgirão posições a defender – e suprir as falhas do legislador – ser o *acórdão confirmatório* da condenação um *acórdão condenatório*, somente porque, na essência, encerra um título executório espelhando uma sanção penal aplicada. Porém, assim sendo, poder-se-ia ampliar ainda mais o marco interruptivo da prescrição, estendendo o sentido para as demais decisões proferidas por colegiado de instância superior. Imagine-se que a parte recorre e obtém uma decisão colegiada (acórdão) do STJ ou do STF, confirmando a decisão condenatória de 2.º grau, de qualquer modo (inclusive, rejeitando, por exemplo, em agravo regimental, o processamento de recurso especial ou extraordinário). As decisões dos Tribunais Superiores também seriam aptas a interromper a prescrição. Afinal, o termo “recorrível”, uma vez que foi utilizado, inclusive, para o acórdão, haverá de comportar tanto o recurso especial quanto o extraordinário. Outra interpretação não

se adaptaria, pois inexistente recurso ordinário contra acórdão condenatório, proferido em segunda instância. A ampliação da interrupção da prescrição, em prejuízo do réu, seria evidente. O legislador fez incluir somente o “acórdão que condena” (leia-se, pela primeira vez) e não aquele que “confirma” condenação já existente. Se for considerado este último como abrangido pela reforma da Lei 11.596/2007, nada impede que todo e qualquer outro acórdão que, de algum modo, confirme a decisão condenatória anterior possa servir de marco interruptivo da prescrição. Tal medida iria eliminar, na prática, a existência da prescrição intercorrente. Não nos parece adequado ampliar o significado da expressão “acórdão condenatório”, na exata medida em que implicaria em *desnecessária* interpretação extensiva *contra o réu*.

68. Acórdão que majora ou agrava a pena: a reforma trazida pela Lei 11.596/2007 nada alterou nesse prisma. O acórdão que eleva a pena é de interpretação duvidosa. Não é uma contraposição à sentença de primeiro grau, pois esta decisão concretizou uma condenação. Portanto, já teria servido para interromper a prescrição. Quando o colegiado resolve aumentar a pena, profere acórdão confirmando a condenação, porém, com pena diferenciada. Pensamos que permanecerão as três posições existentes: a) *serve para interromper a prescrição*, ainda formando posição majoritária: STF, HC 64.303-SP, 1.ª T., rel. Sydney Sanches, 12.12.1986, v. u.; HC 67.944-SP, 1.ª T., rel. Sydney Sanches, 21.08.1990, v. u.; STJ, RHC 2.206-RJ, 5.ª T., rel. Assis Toledo, 07.10.1992, v. u.; RHC 5.456-SP, 5.ª T., rel. Assis Toledo, 04.06.1996, v. u.; REsp 9.158-SP, 5.ª T., rel. Assis Toledo, m. v.; TACRIM/SP, HC 288.400-8, Ribeirão Pires, rel. Silvério Ribeiro, 28.03.1996, v. u.; *RJTACRIM* 30/19-497, abr.-jun. 1996; b) *não serve para interromper a prescrição*: TACRIM-SP [hoje absorvido pelo TJSP]: “Caráter exaustivo das previsões do art. 117 do Código Penal.

(...) O acórdão, unânime ou majoritário, que confirma sentença condenatória, alterando ou não as penas, não interrompe o lapso prescricional da pretensão punitiva, porque não se inclui na previsão exaustiva e taxativa do art. 117 do Código Penal, sendo inadmissível efeito ampliativo ou extensivo em prejuízo do réu” (TJSP, EI 78.281-3, Jardinópolis, rel. Luiz Pantaleão, 27.12.1993). É a melhor posição, a despeito de a primeira buscar sanar uma lacuna que já deveria ter sido corrigida; c) *somente serve para interromper a prescrição se for não unânime*, portanto, sujeito a embargos (TACRIM/SP [hoje absorvido pelo TJSP], EI 625.085-3-SP, rel. Ribeiro Machado, 20.02.1992, m. v., *RJDTACRIM* 16/165. Idem: *RJDTACRIM* 1/159; *RT* 636/301).

69. Sentença condenatória reformada, diminuindo a pena: não afeta a interrupção da prescrição (STF, HC 68.330-4-DE, 2.^a T., rel. Célio Borja, 13.11.1990, *RT* 667/381; HC 71.450-1-SP, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 03.05.1995, v. u., *RT* 724/559).

69-A. Sentença e embargos de declaração: para a interrupção da prescrição leva-se em consideração a data da sentença condenatória recorrível, mas não podemos deixar de registrar que há possibilidade de a parte interpor embargos de declaração. Se o efeito dos embargos for simplesmente tornar mais claro o conteúdo da decisão, sem alterar a pena, é natural que não se possa falar em nova interrupção da prescrição. Porém, se os embargos apontarem para omissão do juiz que, quando reconhecida, provoque a modificação da decisão, elevando a pena, por exemplo, parece-nos perfeitamente admissível que ocorra novamente a interrupção da prescrição, pois surgiu nova sentença recorrível. Os embargos de declaração, nesse caso, geraram efeito infringente. O mesmo se diga, a partir de agora, em relação ao *acórdão condenatório* contra o qual sejam interpostos embargos de declaração.

69-B. Sentença impondo medida de segurança: é inadmissível para interromper a prescrição, não somente porque é, conforme regra processual penal, sentença absolutória (embora denominada *imprópria*), como também porque não consta expressamente no rol taxativo do art. 117. Nessa linha: STJ: “De feito, a sentença que aplica medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento próprio (art. 96, I, do Código Penal) está distante da abrangência do art. 117 do mesmo diploma, por isso que inelástica sua moldura” (HC 12.477-SP, 6.^a T., rel. Fontes de Alencar, 05.10.2000, v. u., *DJ* 27.11.2000). Idêntico raciocínio deve ser usado em caso de acórdão impondo medida de segurança.

69-C. Sentença anulada: não presta para interromper a prescrição. O que é considerado nulo pelo Judiciário não pode produzir nenhum efeito. Nesse caminho: STJ: “A sentença condenatória anulada deixa de possuir o efeito interruptivo, sendo o recebimento da exordial acusatória o último marco, nos termos do art. 117, inciso I, do Código Penal” (REsp 929.692-PE, 5.^a T., rel. Laurita Vaz, 28.06.2007, v. u.). TJSP: HC 415.066-3/2, 1.^a C. Extraordinária, rel. Xavier de Souza, 27.03.2003, v. u., *JUBI* 99/04. Igualmente, se o acórdão condenatório for anulado.

70. Início ou continuação do cumprimento da pena: trata-se de causa interruptiva da pretensão executória. Menciona o dispositivo as duas hipóteses possíveis: início – quando o condenado começa a cumprir a pena que lhe foi imposta; continuação – quando o sentenciado retoma o cumprimento da pena, que foi interrompido pela fuga, por exemplo.

71. Reincidência: trata-se de marco interruptivo da pretensão executória. A reincidência verifica-se pela *prática* do segundo delito, embora fique o seu reconhecimento

pelo juiz condicionado à condenação. Há quem sustente que, pelo princípio da presunção de inocência, somente a data da condenação com trânsito em julgado pode fazer o juiz reconhecer a existência da reincidência. Esta última posição não é a correta, pois a lei é clara ao mencionar apenas *reincidência*, que é o cometimento de outro crime depois de já ter sido condenado. Ora, ainda que se dependa da condenação definitiva para se ter certeza do marco interruptivo, este se dá muito antes do trânsito em julgado da segunda condenação. No enfoque que adotamos: “A data de interrupção do lapso prescritivo, para fins e efeitos do inciso VI do art. 117 do Código Penal, é a data do cometimento do crime posterior, e não aquela do trânsito em julgado da decisão condenatória pela prática desse crime. É racional considerar-se como termo inicial da interrupção prescritiva a data da prática do crime posterior, pois a prescrição visa a eliminar os efeitos do delito quando o agente persevera no caminho da licitude. Tal ficção não deve prevalecer na integridade, quando o réu já condenado volta a delinquir e passa a desmerecer interpretações mais favoráveis” (TACRIM/SP (atual TJSP), HC 297.956, 11.^a C., rel. Renato Nalini, 06.01.1997). E, na doutrina, confira-se o magistério de Antonio Rodrigues Porto: “O réu será considerado reincidente quando passar em julgado a condenação pelo segundo crime; mas o momento da interrupção da prescrição, relativamente à condenação anterior, é o dia da prática do novo crime, e não a data da respectiva sentença. A eficácia desta retroage, para esse efeito, à data em que se verificou o segundo delito” (*Da prescrição penal*, p. 89).

72. Comunicabilidade das causas interruptivas: quando houver o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia ou a sentença condenatória recorrível com relação a um dos co-autores de um delito,

a interrupção se comunica, alcançando a todos. Significa que o Estado manifestou a tempo o seu interesse em punir, mantendo a sua pretensão de punir os demais, bastando que os encontre a tempo. Entretanto, as causas dos incisos V e VI são pessoais, vale dizer, se vários co-réus são condenados e um deles foge, é óbvio que a prescrição da pretensão executória só envolve a sua pessoa, e não a dos demais, que cumprem pena. O mesmo se dá com a reincidência: se todos estão foragidos, é possível que um deles se torne reincidente, mas não os demais.

72-A. Aditamento à denúncia ou queixa para incluir co-autores: serve para interromper a prescrição no tocante a todos, inclusive com relação àquele que já estava sendo processado. Não é a solução mais justa, embora seja a fiel aplicação do disposto neste parágrafo do art. 117.

72-B. Interrupção da prescrição e crimes conexos: se houver aditamento à denúncia ou queixa para incluir crime conexo, o recebimento implicará na interrupção da prescrição com relação a todos os crimes, inclusive no tocante àqueles já constantes da peça acusatória original. Isso significa que, a título de ilustração, se o réu estiver respondendo por furto, já decorridos seis meses da data do recebimento da denúncia, caso haja aditamento para incluir delito conexo, haverá a interrupção, novamente, do prazo prescricional do delito de furto. Mais uma vez, deve-se ressaltar que, embora não seja a solução ideal, é a exata aplicação do disposto neste artigo.

Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.⁷³

73. Referência à pena de multa e às restritivas de direitos: são as penas mais leves às quais faz referência o art. 118. A pena

restritiva de direitos, por ser substitutiva da privativa de liberdade, obedece, em última análise, ao prazo da pena mais grave—aliás, segundo o disposto no art. 109, parágrafo único, CP. Assim, se aplicada uma pena privativa de liberdade e uma restritiva de direitos—como admite o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro—, prescrita a primeira, a segunda segue o mesmo destino. No caso da multa, há disciplina própria (art. 114, II, CP), mas no mesmo prisma deste artigo. Não se aplica o art. 118 ao concurso de crimes, pois cada delito tem o seu prazo de prescrição próprio (art. 119, CP).

Art. 119. No caso de concurso de crimes,^{74-75-A} a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.⁷⁶⁻⁷⁷

74. Concurso de crimes (crime continuado) e prescrição: apesar de se unificarem as penas para efeito de cumprimento, quando se tratar do cálculo da prescrição, deve-se tomar, isoladamente, cada delito. Assim, caso o réu seja condenado à pena total de 13 anos de reclusão (12 por um homicídio qualificado e 1 pela prática de furto simples), verificando o juiz que, entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, transcorreram 5 anos, deve reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do furto, mantendo, somente, a pena relativa ao homicídio. Outro exemplo: havendo um concurso formal, cuja pena foi fixada em 4 anos, inicialmente, com um acréscimo da metade, resultando em 6 anos, a prescrição não se dará em 12 anos (art. 109, III), mas em 8 (art. 109, IV). Nesse prisma: “O cálculo da prescrição levará em conta cada delito, sem computar a majorante própria da continuação. A solução deve ser nessa linha. Caso contrário, o princípio *nulla poena sine lege* será afrontado, ou seja, aplicar-se-á a sanção mais severa, para todas as infrações, sendo

que uma delas, por lei, era menor. Dessa forma, a pena básica, porque a mais branda, por força constitucional, prefere à mais grave, será a única a ser levada em consideração. Se assim não for, impor-se-á sanção inexistente à data do crime. A sensibilidade do juiz saberá, na individualização, captar as circunstâncias relevantes e definir o *quantum* final, aplicando percentual nos limites da majoração” (STJ, REsp 109.559-RS, 6.^a T., rel. Cernicchiaro, 26.11.1996, v. u.). Idem: “Consolidado o entendimento de que, no crime continuado, o termo inicial da prescrição é considerado em relação a cada delito componente, isoladamente” (RHC 6.502-0-MG, 5.^a T., rel. José Dantas, 05.02.1998, v. u.). Anote-se, nesse contexto, o disposto pela Súmula 497 do STF: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

75. Concurso de crimes (concurso formal) e prescrição: calcula-se a prescrição, quando houver concurso formal, sobre a pena do delito mais grave, utilizada como base para acrescentar o aumento. Assim, despreza-se a exasperação gerada por força do disposto no art. 70 (1/6 até 1/2). Nessa linha: “A contagem do prazo da prescrição retroativa tem por base a pena *in concreto*, entendendo-se como tal a pena concretizada na sentença, excluído tão-somente o aumento de pena decorrente do concurso de crimes, por força do disposto no art. 119 do Código Penal” (STJ, RHC 9.131-PB, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 02.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 140).

75-A. Concurso de crimes (concurso material) e prescrição: dá-se o mesmo que nas hipóteses anteriores, porém com visualização mais facilitada. Cada delito tem a prescrição calculada isolada e individualizadamente. Conferir: STF: “A Turma deferiu *habeas corpus* para declarar extinta, por efeito da consumação da prescrição da pretensão punitiva, a punibilidade de pre-

feito condenado, em ação penal originária, pelo tribunal de justiça local, à pena de 4 anos de reclusão pelos crimes previstos no art. 1.º, I, do Decreto-lei 201/67, duas vezes, em concurso material. No caso, o Ministério Público Estadual interpusera recurso especial somente para questionar a absolvição do paciente por determinado delito e postular a aplicação da pena de inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública, sendo este último pedido provido. Tendo em conta que a sanção cominada para cada crime fora de 2 anos e que não houvera impugnação recursal do *parquet* quanto a sua fixação, asseverou-se que, consoante prescrevem as normas inscritas no art. 110, § 1.º, c/c o art. 109, V, e no art. 119, todos do CP, a prescrição consumir-se-ia em 4 anos. No ponto, aduziu-se que, em se tratando de delitos em concurso material, incide, na espécie, o mencionado art. 119 do CP, que impõe que o lapso prescricional seja calculado separadamente, em função da pena imposta a cada um dos crimes. Com base nisso e considerando que o acórdão condenatório fora proferido em 1998, entendeu-se consumada a prescrição penal, uma vez que, até a presente data, a execução da sanção imposta ao paciente sequer se iniciara” (HC 85399-PR, 2.ª T., rel. Celso de Mello, 12.12.2006, *Informativo* 452).

76. Prescrição em leis especiais: devem ser respeitados os prazos especiais previstos para a prescrição em leis especiais. Na Lei de Imprensa, por exemplo, o prazo é sempre de 2 anos para a pretensão punitiva, correndo a partir da data da publicação ou da transmissão incriminada, e deve ser o dobro da pena aplicada no caso da pretensão executória. Quando se tratar de multa, há divergência: a) deve acompanhar o prazo de prescrição do mínimo da pena privativa de liberdade prevista cumulada ou alternativamente para o mesmo delito – o que nos parece melhor,

pois mais favorável; b) 2 anos, de acordo com o previsto no Código Penal para a pena de multa em geral. Nas leis de imprensa e de abuso de autoridade não se aplica a prescrição retroativa, pois sempre se atinge a pretensão punitiva no prazo mínimo de 2 anos.

77. Juiz competente para reconhecer a prescrição: sendo matéria de ordem pública, a prescrição pode ser reconhecida pelo juiz do processo (conhecimento ou execução), que dela tomar conhecimento. Editou-se, no Estado de São Paulo, o Provimento 3/94 da Corregedoria Geral de Justiça, recomendando ao magistrado de 1.º grau que, verificada a prescrição, por economia processual, julgue extinta a punibilidade, mesmo que a sentença condenatória já tenha sido proferida.

Perdão judicial

Art. 120. A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência.⁷⁸

78. Prescrição e perdão judicial: para quem considera a sentença concessiva do perdão judicial de natureza condenatória, é possível considerar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, de modo a não deixar nenhum resquício no passado do réu. Há três posições a respeito: a) o prazo da prescrição ocorre em 2 anos, que é o mínimo previsto para qualquer delito; b) o prazo da prescrição deve ser calculado pelo mínimo da pena que poderia ser aplicado, em abstrato, ao crime (TACRIM/SP, RT 620/310; R/JDTACRIM 7/143); c) o prazo da prescrição deve ser calculado pelo máximo da pena que poderia ser aplicado, em abstrato, ao crime. Parece-nos a terceira posição a ideal, equiparando-se aos demais delitos, ou seja, enquanto não há pena concreta aplicada, regula-se a prescrição pelo máximo em abstrato previsto para o crime.

Quadro I
Formas de Clemência do Estado

ANISTIA		INDULTO COLETIVO		INDULTO INDIVIDUAL ou GRAÇA		PERDÃO JUDICIAL
CONCESSÃO:	Congresso Nacional	Pres. da República	Pres. da República	Pres. da República	Juiz de Direito ou Tribunal	
MEIO:	lei	decreto	decreto	decreto	decisão, sentença ou acórdão	
ABRANGÊNCIA:	fatos considerados criminosos	condenados em número indeterminado	condenado específico	condenado específico	indiciado ou réu	
FORMAS E CONDIÇÕES:	condicionada ou incondicionada geral ou parcial irrestrita ou limitada	condicionado ou incondicionado total ou parcial	condicionado ou incondicionado total ou parcial	condicionado ou incondicionado total ou parcial	incondicionado e total	
NATUREZA JURÍDICA:	excludente de tipicidade	excludente de punibilidade	excludente de punibilidade	excludente de punibilidade	excludente de punibilidade	
PARTICULARIDADES:	a) Pode ocorrer antes de condenação definitiva (anistia própria) ou depois (anistia imprópria)	a) Podem ocorrer antes da condenação, desde que haja, pelo menos, trânsito em julgado para a acusação, ou depois (forma mais comum)	a) O Judiciário deve respeitar os requisitos impostos por lei para conceder o perdão. Inexiste possibilidade de ampliação de clemência, nem por analogia	a) O Judiciário deve respeitar os requisitos impostos por lei para conceder o perdão. Inexiste possibilidade de ampliação de clemência, nem por analogia	a) O Judiciário deve respeitar os requisitos impostos por lei para conceder o perdão. Inexiste possibilidade de ampliação de clemência, nem por analogia	
	b) Possui efeito <i>ex tunc</i> e agrega ação e condenação, bem como elimina registros na folha de antecedentes	b) Depende da vontade discricionária da Pres. da República, que ora o concede para garantir um mero esvaziamento de cárceres, ora por entender ser instrumento de política criminal para incentivar o bom comportamento dos condenados	b) O rol das hipóteses de perdão é extenso e há dispositivos tanto na Parte Especial quanto na legislação penal especial	b) O rol das hipóteses de perdão é extenso e há dispositivos tanto na Parte Especial quanto na legislação penal especial	b) O rol das hipóteses de perdão é extenso e há dispositivos tanto na Parte Especial quanto na legislação penal especial	
	c) Destina-se, principalmente, a crimes políticos	c) São vedados a crimes hediondos e equiparados. Há polêmica doutrinária quanto ao indulto coletivo	c) São vedados a crimes hediondos e equiparados. Há polêmica doutrinária quanto ao indulto coletivo	c) São vedados a crimes hediondos e equiparados. Há polêmica doutrinária quanto ao indulto coletivo	c) São vedados a crimes hediondos e equiparados. Há polêmica doutrinária quanto ao indulto coletivo	
	d) Não cabe a crimes hediondos e equiparados	d) Quando perdoa ou desconta parte da pena total, chama-se comutação	d) Quando perdoa ou desconta parte da pena total, chama-se comutação	d) Quando perdoa ou desconta parte da pena total, chama-se comutação	d) Quando perdoa ou desconta parte da pena total, chama-se comutação	
	Ver a nota 12 do art. 107 do CP Comentado ou v. item 6, Cap. XXXV do Manual de Direito Penal	v. as notas 13 a 18 ao art. 107 do CP Comentado ou v. os itens 7 e 8, Cap. XXXV do Manual de Direito Penal	v. as notas 13 a 18 ao art. 107 do CP Comentado ou v. os itens 7 e 8, Cap. XXXV do Manual de Direito Penal	v. as notas 13 a 18 ao art. 107 do CP Comentado ou v. os itens 7 e 8, Cap. XXXV do Manual de Direito Penal	Ver as notas 29 a 30-A ao art. 107 do CP Comentado ou v. item 14, Cap. XXXV do Manual de Direito Penal	

Quadro II

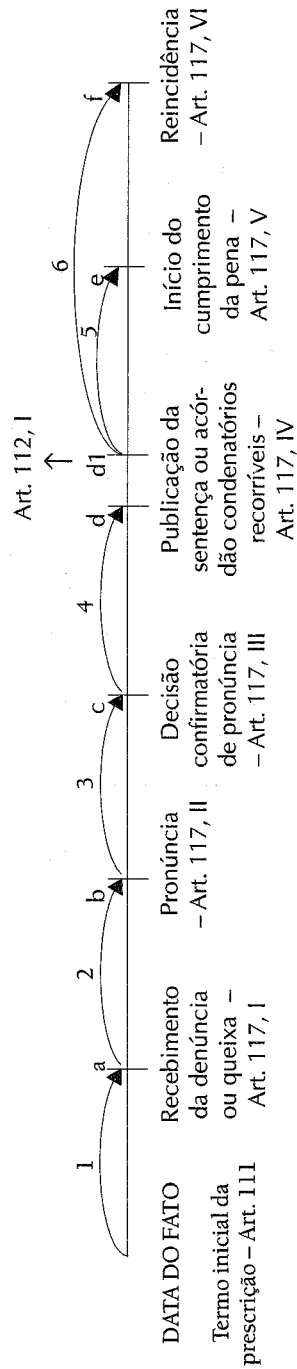
Tabela dos prazos prescricionais (art. 109)

Penas (em abstrato ou em concreto)	Prazo	Exceção 1: réu menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença – art. 115	Exceção 2: réu reincidente no caso de prescrição da pretensão executória da pena – art. 110, <i>caput</i> , parte final, e Súm. 220 do STJ (aumento de 1/3)	
A) inferior a 1 ano	2 anos	1 ano	2 anos e 8 meses	1 ano e 4 meses
B) 1 a 2 anos	4 anos	2 anos	5 anos e 4 meses	2 anos e 8 meses
C) mais de 2 anos até 4 anos	8 anos	4 anos	10 anos e 8 meses	6 anos e 4 meses
D) mais de 4 anos até 8 anos	12 anos	6 anos	16 anos	8 anos
E) mais de 8 anos até 12 anos	16 anos	8 anos	21 anos e 4 meses	10 anos e 8 meses
F) superior a 12 anos	20 anos	10 anos	26 anos e 8 meses	13 anos e 4 meses

Quadro III

Lapsos prescricionais e causas interruptivas da prescrição

Pena em abstrato (máximo previsto no tipo penal incriminador) = prescrição da pretensão punitiva
Pena em concreto (fixada na sentença ou acórdão condenatórios com trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso) = prescrição da pretensão executória



a, b, c, d, e, f = causas interruptivas de prescrição, lembrando que as causas apontadas nas letras "b" e "c" somente ocorrem no procedimento do júri

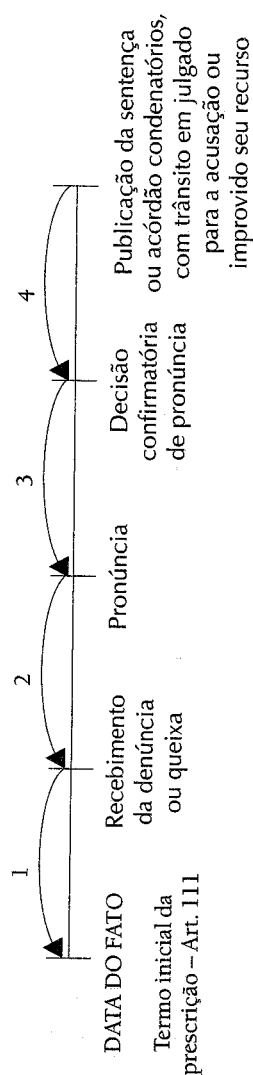
1, 2, 3, 4 = lapsos prescricionais que levam em conta a pena em abstrato (máximo previsto no tipo penal incriminador)

5, 6 = lapsos prescricionais que levam em conta a pena em concreto (fixada na sentença ou acórdãos condenatórios com trânsito em julgado para a acusação ou improvido seu recurso) afetando a pretensão executória do Estado

d1 = data do trânsito em julgado da sentença ou acórdãos condenatórios para a acusação

Quadro IV

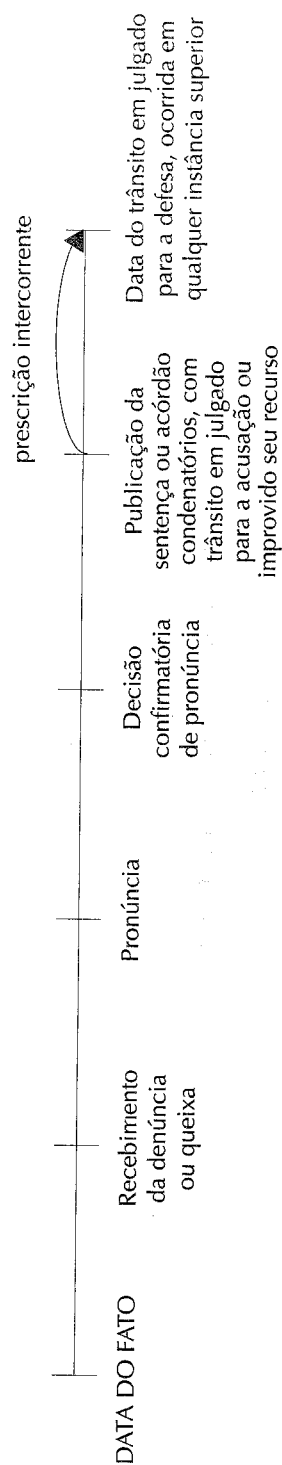
Lapsos prescricionais da prescrição retroativa, levando-se em conta a pena em concreto
Art. 110, §§ 1.º e 2.º



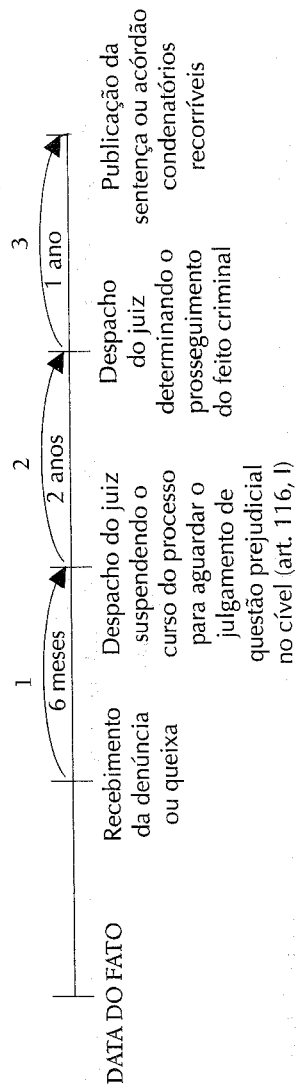
1, 2, 3, 4 = prescrição da pretensão punitiva, verificada após tornar-se concreta a pena aplicada, computada em prazos anteriores à sentença condenatória

Quadro V

Lapsos prescricionais de prescrição intercorrente, levando-se em conta a pena em concreto
Art. 110, § 1.º



Quadro VI

Lapso da suspensão da prescrição
Art. 116

1 + 3 = prazo de cômputo da prescrição = 1 ano e 6 meses, desprezando-se os 2 anos (lapso 2) em que o processo ficou suspenso. Paralisa-se a contagem da prescrição

Nota: Ver outras causas de suspensão da prescrição na nota 62.

2 = período de tempo em que a prescrição não corre

PARTE ESPECIAL

Título I

Dos crimes contra a pessoa

Capítulo I

DOS CRIMES CONTRA A VIDA¹

1. Direito à vida: a proteção à vida, bem maior do ser humano, tem seu fundamento na Constituição Federal, propagando-se para os demais ramos do ordenamento jurídico. O direito à vida, previsto, primordialmente, no art. 5.º, *caput*, da Constituição, é considerado um direito fundamental em sentido material, ou seja, indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, o que Pontes de Miranda chama de *supra-estatal*, procedente do direito das gentes ou direito humano no mais alto grau. Entretanto, nenhum direito fundamental é absoluto, pois necessita conviver harmoniosamente com outros direitos, igualmente essenciais. Como já tivemos ocasião de expor, em maior profundidade (ver, de nossa autoria, *Júri Princípios constitucionais*, p. 22 e 51), o que é indispensável a um Estado Democrático de Direito é a Constituição prever os direitos supra-estatais, que buscam assegurar a construção de uma personalidade digna e feliz para os membros da coletividade, embora restrições sejam paralelamente necessárias e possíveis. O direito à vida, ora em destaque, encontra limitação quando há confronto com outros interesses do Estado, razão pela qual a própria Carta Magna prevê a possibilidade, em tempo de guerra, de haver pena de morte (art. 5.º, XLVII, *a*) e o Código Penal Militar estabelece as hipóteses de sua aplicação (arts. 55, *a*, e 355 a

362, 364 a 366, *caput*, 368, 371 e 372, 375, parágrafo único, 378, 379, § 1.º, 383, *caput*, 384, 385, *caput*, 386 e 387, 389 e 390, 392, 394 a 396, 400, III, 401, 405, 406, 408, parágrafo único, *b*), podendo-se citar como exemplo um dos delitos de traição: “Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil: Pena – morte, grau máximo; reclusão, de 20 (vinte) anos, grau mínimo”. Assim, em tempo de guerra, entende-se indispensável haver uma disciplina rígida e indeclinável, não se tolerando traição, covardia, motim, revolta, incitamento, quebra dos deveres militares, entre outros fatores, colocados acima do bem jurídico *vida*, sujeitando o infrator à pena de morte. Mencione-se, ainda, a autorização legal para a prática do aborto, quando a mulher que engravidou foi estuprada ou está correndo risco de vida com a gestação. Assim, como menciona o art. 4.º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, *em geral, desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida *arbitrariamente*” (grifamos). Em regra, protege-se a vida, mas nada impede que ela seja perdida, por ordem do Estado, que se incumbiu de lhe dar resguardo, desde que interesses maiores devam ser abrigados. O traidor da pátria, em tempo de guerra, não tem direito ilimitado à vida. A mulher, ferida

em sua dignidade como pessoa humana, porque foi estuprada, merece proteção para decidir pelo aborto. O seqüestrador pode ser morto pela vítima, que atua em legítima defesa. Enfim, interesses podem entrar em conflito e, conforme o momento, a vida ser o bem jurídico de menor interesse para o Estado, o que não o torna menos democrático. Aliás, os documentos internacionais que enaltecem os direitos humanos fundamentais bem o demonstram. A vida é direito fundamental, somente não podendo ser atacada *arbitrariamente*, o que não chega a abranger nem mesmo a possibilidade de aplicação da pena de morte. A Convenção Européia dos Direitos do Homem preceitua (art. 2.º, 1) que “o direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, *salvo em execução de uma sentença capital* pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei” (grifo nosso). Admite-se, pois, em tese, a existência da pena de morte, sem que isso, por si só, seja uma violação dos direitos humanos fundamentais. Logo, o direito à vida é verdadeiramente essencial, embora não seja absoluto. A Constituição brasileira, além do art. 5.º, também o prevê nos arts. 227 e 230.

Homicídio²⁻³ simples⁴⁻⁵

Art. 121. Matar⁶⁻⁷ alguém.⁸⁻¹²

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Caso de diminuição de pena¹³

§ 1.º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral,¹⁴⁻¹⁵ ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima,^{16-16-E} o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).¹⁷⁻¹⁸

Homicídio qualificado^{19-20-A}

§ 2.º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa,²¹ ou por outro motivo torpe;²²

II – por motivo fútil;²³⁻²⁴

III – com emprego^{25-25-A} de veneno,^{26-26-A} fogo,²⁷ explosivo, asfixia,²⁸ tortura²⁹ ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição,³⁰⁻³¹ de emboscada,³² ou mediante dissimulação³³ ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;³⁴⁻³⁵

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;^{36-38-A}

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Homicídio culposo³⁹

§ 3.º Se o homicídio é culposo:⁴⁰

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Aumento de pena

§ 4.º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício,⁴¹ ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima,⁴²⁻⁴⁴ não procura diminuir as consequências do seu ato,⁴⁵ ou foge para evitar prisão em flagrante.⁴⁶ Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos⁴⁷ ou maior de 60 (sessenta) anos.^{47-A-48}

§ 5.º Na hipótese de homicídio culposo,⁴⁹ o juiz poderá⁵⁰ deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente⁵¹⁻⁵² de forma tão grave⁵³ que a sanção penal se torne desnecessária.

2. Conceito de homicídio: é a supressão da vida de um ser humano causada

por outro. Constituindo a vida o bem mais precioso que o homem possui, trata-se de um dos mais graves crimes que se pode cometer, refletindo-se tal circunstância na pena, que pode variar de 6 a 30 anos (mínimo da forma simples até o máximo da forma qualificada). “A história do homicídio é, no fundo, a mesma história do direito penal. Com efeito, em todos os tempos e civilizações e em distintas legislações, a vida do homem foi o primeiro bem jurídico tutelado, antes que os outros, desde o ponto de vista cronológico, e mais que os restantes, tendo em conta a importância dos distintos bens” (cf. Ricardo Levene, *El delito de homicidio*, p. 17). Ainda sob o prisma histórico, vale mencionar a lição de João Bernardino Gonzaga: “A vida humana sempre encontrou proteção em todos os povos, por mais primitivos que fossem. A ordem social de qualquer comunidade lhe dispensa tutela, e em tempo algum se permitiu a indiscriminada prática de homicídios dentro de um grupo” (*O direito penal indígena. À época do descobrimento do Brasil*, p. 133).

2-A. Conceito de genocídio: cuida-se de crime contra a humanidade, considerado hediondo. O delito é descrito no art. 1.º da Lei 2.889/56, possuindo várias condutas alternativas (desde matar pessoas até buscar impedir o nascimento de alguém). O principal fundamento da existência dessa figura típica consiste na intenção do agente, que é eliminar, ainda que parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Pensamos, ademais, que outros agrupamentos deveriam ser, identicamente, protegidos, como os relativos à orientação sexual ou posição filosófica. Sobre o genocídio, consultar as notas à Lei 2.889/56 em nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

3. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na morte da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“matar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado “morte” se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); progressivo (trata-se de um tipo penal que contém, implicitamente, outro, no caso a lesão corporal); plurissubsistente (via de regra, vários atos integram a conduta de matar); admite tentativa.

4. Rubrica do crime: sob a denominação de *simples*, estabelece a lei penal um dos tipos mais singelos e de fácil compreensão que o Código Penal prevê. Trata-se de um tipo meramente descritivo, que não traz nenhum elemento normativo ou subjetivo, não contém componentes de ilicitude, nem de culpabilidade. Portanto, eliminar a vida de outro ser humano, sem qualquer circunstância especial, provoca a aplicação de uma pena de 6 a 20 anos de reclusão.

5. Homicídio simples hediondo: prevê a Lei 8.072/90, no art. 1.º, I, ser hediondo o homicídio simples “quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente”. Entretanto, como já tivemos oportunidade de analisar anteriormente (nosso *Roteiro prático do júri*, p. 80-83), não cremos viável, na prática, essa figura típica, criada pelo legislador em momento de pouca reflexão. A atividade típica de

grupo de extermínio sempre foi considerada pela nossa jurisprudência amplamente majoritária um crime cometido por motivo torpe. O sujeito que se intitula *justiceiro* e atua por conta própria eliminando vidas humanas certamente age com desmedida indignidade. Eventualmente, costuma-se sustentar, é possível que o agente mate outra pessoa, em atividade típica de grupo de extermínio, para preservar um bairro de ignóbil traficante de drogas. Ora, se assim for, sua motivação faz nascer o relevante valor social, que privilegia o homicídio, aplicando-se a regra do § 1.º do art. 121, e não a figura básica do *caput*. Não se concebe haver, ao mesmo tempo, um homicídio privilegiado pela relevância social do motivo e qualificado pela torpeza, pois são ambas circunstâncias subjetivas. Dessa maneira, não vemos como aplicar ao homicídio simples a qualificação de hediondo, pois, caso atue o agente como exterminador, a tipificação será de homicídio qualificado, pois delito certamente repugnante. Assim, a jurisprudência, ao mencionar que o “motivo torpe é inerente à própria ação do justiceiro” (TJSP, Ap. 79.541-3, 6.ª C., rel. Alvaro Cury, 18.10.1989). E mais: “Realmente tem conotação de torpeza o crime cometido por ‘justiceiros’ que, com sua atuação, desprezam as mais elementares instituições da vida em sociedade” (TJSP, Ap. 116.534-3/9-SP, 4.ª C., rel. Ivan Marques, 30.01.1992, v. u.). Reproduzimos trecho nosso: “O dia em que se considerar *simples* o homicídio praticado pelo ‘justiceiro’ (e não se confunda com aquele que resolve vingar-se de alguém por algum motivo, pois não é um ‘vingador profissional ou habitual’), então, certamente, terá mudado o sentimento ético-social da comunidade e nem mesmo será preciso considerar hediondo o delito, pois também o vocábulo *hediondo* quer dizer sórdido, imundo, repulsivo, não muito

diferente de *torpe*, ou seja, vil, repugnante, asqueroso” (*Roteiro prático do júri*, p. 82). Dessa forma, se a acusação entender que a atividade do réu, no homicídio, decorreu de atividade exterminadora, deve qualificar o crime, submetendo-o ao crivo da defesa e passando pelo filtro da pronúncia. Do contrário, é defeso ao juiz reconhecer na sentença, mormente sem o necessário debate diante dos jurados, a hediondez de qualquer tipo de homicídio simples.

6. Sujeito ativo: qualquer pessoa. O que dizer, no entanto, de indivíduos duplos ou xifópagos? Responde-se com a lição de Euclides Custódio da Silveira: “Dado que a deformidade física não impede o reconhecimento da imputabilidade criminal, a conclusão lógica é que responderão ambos como sujeitos ativos. Assim, se os dois praticarem um homicídio, conjuntamente ou de comum acordo, não há dúvida de que responderão ambos como sujeitos ativos, passíveis de punição. Todavia, se o fato é cometido por um, sem ou contra a vontade do outro, impor-se-á a absolvição do único sujeito ativo, se a separação cirúrgica é impraticável por qualquer motivo, não se podendo excluir sequer a recusa do inocente, que àquela não está obrigado. A absolvição se justifica, como diz Manzini, porque conflitando o interesse do Estado ou da sociedade com o da liberdade individual, esta é que tem de prevalecer. Se para punir um culpado é inevitável sacrificar um inocente, a única solução sensata há de ser a impunidade” (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 25-26).

7. Conceito de morte: para caracterizar o momento da morte, a fim de se detectar a consumação do delito de homicídio, que é crime material, sempre se considerou, conforme lição de Almeida Júnior e Costa Júnior, a cessação das funções vitais do ser

humano (coração, pulmão e cérebro), de modo que ele não possa mais sobreviver, por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela medicina contemporânea, experimentados por um tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso isoladamente. Os mesmos autores dizem: “A nosso ver, dar-se-á não apenas quando houver silêncio cerebral, revelado pelo eletroencefalógrafo, mas, também, quando ocorrer concomitantemente a parada circulatória e respiratória em caráter definitivo. Isso, entretanto, não significa permitir que num corpo humano, descerebrado funcionalmente, continue a circular o sangue e o ar unicamente por processo artificial, depois de inúteis e prolongadas tentativas, sem que haja reanimação espontânea” (*Lições de medicina legal*, p. 232-233). A Lei 9.434/97 estabeleceu que a interrupção relevante para o direito penal, tanto que autoriza o transplante de órgãos, é a encefálica. O conceito de morte encefálica, de acordo com a *American Society of Neuroradiology* (Sociedade Americana de Neuroradiologia) é o seguinte: “Estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos, apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação” (citação de Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, *Morte encefálica e a lei dos transplantes de órgãos*, p. 39). Ora, de acordo com o tradicional conceito, não se vislumbra profunda modificação na constatação da morte, pois, como ensinam Almeida Júnior e Costa Júnior, em que pese exigir-se as paradas circulatória e respiratória em caráter permanente, não se deve manter “viva” uma pessoa descerebrada, por meio de métodos artificiais, sem que haja reanimação espontânea. Portanto, havendo morte encefálica, fatalmente

ocorrerá a cessação da vida de relação e da vida vegetativa, desde que a medicina não interfira com métodos artificiais. Daí por que se autoriza o transplante a partir do instante em que se constata a morte encefálica, ainda que leve algum tempo para que os demais órgãos (coração e pulmão) cessem, também, a sua atividade, o que inexoravelmente ocorrerá, não havendo, como se mencionou, prolongamento artificial dos batimentos e da respiração. Em síntese: o conceito de morte, trazido pela Lei 9.434/97, não alterou substancialmente o que, tradicionalmente, a medicina legal apregoava, embora tenha enaltecido que o momento mais importante é a cessação da atividade encefálica, predominando sobre as funções circulatória e respiratória. Não se imagine que, com isso, autorizou a lei a “morte de pessoas vivas” somente para que seja possível a extração de órgãos; afinal, sem intervenção artificial da medicina, a finalização da vida seria mesmo inevitável.

8. Sujeito passivo: qualquer pessoa, com qualquer condição de vida, de saúde, de posição social, de raça, de estado civil, de idade, de convicção política, filosófica ou religiosa e de orientação sexual. O vocábulo *alguém* restringe-se a ser humano. Obviamente que se trata de pessoa *com vida*, pois se morta estiver trata-se de um cadáver, não mais considerado pessoa, tanto assim que os crimes cujo objeto material é o corpo sem vida (arts. 211 e 212, CP) são delitos *vagos* (aqueles cujo sujeito passivo é a coletividade). Além disso, não se deve aceitar que a vida principia no início do parto, pois o aborto, que protege o ser em gestação, também é delito *contra a vida*. O que se deve sustentar é que há vida intra-uterina e extra-uterina. Esta última é o objeto de proteção do homicídio, enquanto a outra fica no campo do aborto. Finalmente, urge repensar o conceito de

sujeito passivo, defendido pela doutrina tradicional, no sentido de ser o *ser vivo, nascido de mulher* (Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 17; Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 26), pois a medicina está evoluindo dia após dia e, se já temos a fecundação fora do útero materno, nada impede que a gestação, no futuro, se desenvolva também fora do útero materno, nem por isso o ser humano dali advindo deve ficar sem a proteção do direito penal, no tocante à sua vida. Levando em conta o mesmo exemplo supramencionado dos irmãos xifópagos ou siameses, se eles forem as vítimas, trata-se de duplo homicídio. Havendo intenção de matar ambos (dolo direto), cuida-se de concurso formal imperfeito (designios autônomos), previsto no art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Se a intenção era atingir apenas um deles, mas ambos morrem, há dolo direto quanto a um e, melhor refletindo, dolo direto de segundo grau (ver a nota 64 ao art. 18) quanto ao outro. Aplica-se o concurso formal imperfeito, igualmente. Afinal, se um morre, é óbvio arrastar o outro a idêntico fim. Porém, por derradeiro, caso o agente pretenda matar um deles, atingindo-o, mas o outro, não visado primordialmente, termina sobrevivendo em razão de uma pronta intervenção cirúrgica, temos, também, um concurso formal imperfeito (homicídio consumado e tentativa de homicídio, ambos os delitos contidos em uma única conduta).

9. Vida extra-uterina: como mencionamos, a vida é igualmente protegida pelo ordenamento jurídico desde o instante da concepção. Enquanto está em fase intra-uterina, trata-se de aborto matar o ser humano em gestação. Quando a vida fora do útero materno principia, é natural tratar-se de homicídio – ou infanticídio, conforme a situação. Entretanto, há polêmica acerca do início da vida extra-uterina para efeito

de diferenciar o homicídio (ou infanticídio) do aborto. Cremos que, *em tese*, o correto seria considerar a vida extra-uterina a partir do instante em que se instala o processo respiratório autônomo do organismo do ser que está nascendo, não mais dependente da mãe para *viver*. Esse fenômeno é passível de prova pericial: são as chamadas docimasias respiratórias. “Docimasia é palavra oriunda do grego ‘dokimasía’, que significa experiência ou prova. As docimasias se dividem, em linhas gerais, em duas principais categorias: *docimasias respiratórias* e *docimasias não respiratórias*. (...) A mais antiga das docimasias pulmonares, a mais importante e a melhor de todas é a pulmonar hidrostática de Galeno; quanto a esta afirmativa, pode-se dizer que não há divergência entre os autores. (...) Queremos referir-nos ao volume, à cor, à superfície, à consistência e ao peso específico do pulmão. Esse exame, pelas modificações que a respiração introduz, criando diferenças visíveis, oferece subsídios reais e permite o reconhecimento do pulmão fetal e a autenticação do pulmão do recém-nascido que respirou” (cf. Alfredo Farhat, *Do infanticídio*, p. 53-54). Deixemos registrado, no entanto, o alerta feito por Euclides Custódio da Silveira de que é possível haver recém-nascido vivo, embora sem respiração (neonato apnéico), cuja comprovação se dá pelos batimentos cardíacos ou movimento circulatório (*Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 20). Portanto, o sujeito passivo do homicídio (ou infanticídio) *seria* o ser humano que já respira por conta própria, como regra. Mas não nos parece ser esta a melhor solução, pois é muito tarde para considerar o ser em fase de expulsão do útero materno um simples *feto*, protegido pelas penas bem menores do aborto (arts. 124 a 126, CP), além do que o tipo penal do infanticídio está a demonstrar que já não se fala de aborto quando o filho é morto pela mãe *durante*

o parto (art. 123, CP). Por isso, unindo o conceito dado pelo art. 123 às lições de medicina legal, vislumbramos que o início da vida extra-uterina, para o fim de aplicação dos arts. 121 e 123 do Código Penal, é o início do parto, que, segundo Almeida Júnior e Costa Júnior, começa com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino), pois “desde então o feto se torna acessível às ações violentas, quer praticadas com a mão, quer com instrumentos”. Narram os autores, citando Bellot, o clássico caso da mulher que deu à luz gêmeos, matando o primeiro logo que se desprendeu do ventre materno e o segundo com pancadas dadas por um tamanco, assim que a cabeça surgiu na abertura vulvar. Há notícia, ainda, da hábil parteira que perfurava a moleira dos fetos no instante do nascimento, decapitando-os (*Lições de medicina legal*, p. 373). No mesmo prisma, encontra-se o ensinamento de Odon Ramos Maranhão, mencionando que a morte do *feto nascente*, isto é, durante o processo da parturição, já é possível de ser considerada um infanticídio (*Curso básico de medicina legal*, p. 174). Por outro lado, pouco interessa que o ser nascente seja viável, vale dizer, tenha possibilidade de permanecer vivo, bastando que tenha *nascido com vida*. Finalmente, é de se destacar que o recém-nascido com características monstruosas, por conta de qualquer tipo de anomalia, goza de igual proteção, podendo constituir-se sujeito passivo de homicídio (ou infanticídio).

10. Objeto material e objeto jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a conduta criminosa, enquanto o objeto jurídico é o interesse protegido pela norma, ou seja, a vida humana.

11. Elemento subjetivo: é o dolo, não se exigindo elemento subjetivo específico. A forma culposa está prevista no § 3.º.

12. Meios de matar: podem ser *diretos*, os possuidores de força e eficácia para, por si sós, causarem a morte (ex.: desferir um golpe de machado na cabeça da vítima) e *indiretos*, os dependentes de outra causa para que o resultado seja atingido (ex.: fomentar a ira em um louco para que agrida e mate a vítima desejada). Podem, ainda, ser *materiais*, aqueles que atingem a integridade física do ofendido, de forma mecânica, química ou patológica, bem como *morais ou psíquicos*, os que atuam por meio da produção de um trauma psíquico na vítima, agravando doença já existente, que a leva à morte, ou provocando-lhe reação orgânica, que a conduza à enfermidade e, desta, à morte (Euclides Custódio da Silveira, *Direito penal – crimes contra a pessoa*, p. 34-35).

13. Homicídio privilegiado: a denominação ora exposta é tradicional na doutrina e na jurisprudência, embora, no significado *estrito* de *privilegio*, não possamos considerar a hipótese do § 1.º do art. 121 como tal. O verdadeiro crime privilegiado é aquele cujos limites mínimo e máximo de pena, abstratamente previstos, se alteram, para montantes menores, o que não ocorre neste caso. Utiliza-se a pena do homicídio simples, com uma redução de 1/6 a 1/3. Trata-se, pois, como a própria rubrica está demonstrando, de uma *causa de diminuição de pena*. O verdadeiro homicídio privilegiado é o infanticídio, que tem as penas mínima e máxima alteradas, embora, para ele, tenha preferido o legislador construir um tipo autônomo. Assim, formalmente, o infanticídio é crime autônomo; materialmente não passa de um homicídio privilegiado.

14. Relevante valor social ou moral: como já expusemos em nota anterior, *relevante valor* é um valor importante para

a vida em sociedade, tais como patriotismo, lealdade, fidelidade, inviolabilidade de intimidade e de domicílio, entre outros. Quando se tratar de relevante valor *social*, levam-se em consideração interesses não exclusivamente individuais, mas de ordem geral, coletiva. Exemplos tradicionais: quem aprisiona um bandido, na zona rural, por alguns dias, até que a polícia seja avisada; quem invade o domicílio do traidor da pátria para destruir objetos empregados na traição. No caso do relevante valor *moral*, o valor em questão leva em conta interesse de ordem pessoal. Ex.: agressão (ou morte) contra amante do cônjuge; apressar a morte de quem está desenganado. É curial observar que a existência dessa causa de diminuição da pena faz parte do contexto global de que o direito à vida não é absoluto e ilimitado. Quando um traficante distribui drogas num colégio, sem qualquer ação eficaz da polícia para contê-lo, levando um pai desesperado pelo vício que impregna seu filho a matar o criminoso, surge o aspecto relativo do direito à vida (fosse *absoluto* e nada justificaria uma pena menor). Embora haja punição, pois não se trata de ato lícito (como no caso de legítima defesa ou estado de necessidade), o Estado, por intermédio da lei, entende ser cabível uma punição menor, tendo em vista a *relevância* do motivo que desencadeou a ação delituosa. Protege-se, indiscutivelmente, a vida do traficante, embora os valores que estão em jogo devam ser considerados para a fixação da reprimenda ao autor do homicídio. De outra parte, não se deve banalizar a *motivação relevante* – no enfoque social ou moral – para a eliminação da vida alheia, tornando-a um fator emocional ou pessoal, pois não é essa a melhor exegese do texto legal. A relevância não tem ótica individual, significando que o homicídio somente foi cometido porque houve uma saliente valia, de reconhecimento geral, ainda que os efeitos se conectem a interesses coletivos (social)

ou particulares (moral). Criticando a divisão do relevante valor em moral e social, está a posição de Euclides Custódio da Silveira: “São motivos de relevante valor moral ou social, (...) aqueles que a consciência ética de um povo, num dado momento, aprova. E bastaria falar-se de motivo ‘moral’, uma vez que a ética é individual e social ao mesmo tempo: a expressão ‘social’ é pleonástica e equívoca” (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 44).

14-A. Diferença entre a causa de diminuição de pena e a atenuante: neste artigo, prevê-se que o agente atua *impelido* por motivo de relevante valor social ou moral, ou seja, movido, impulsionado, constrangido pela motivação, enquanto no contexto da atenuante (art. 65, III, *a*) basta que o autor cometa o delito *por* motivo de relevante valor social ou moral, representando, pois, uma influência da motivação, mas não algo que o domina. Por tal razão, é possível que o juiz analise as duas possibilidades jurídicas no momento de aplicação da pena: não sendo possível, quando houver um homicídio, aplicar a causa de diminuição da pena, porque o agente não estava efetivamente *impelido* pela motivação, ainda é viável considerar a atenuante em caráter residual. Nesse prisma: José Antonio Paganella Boschi (*Das penas e seus critérios de aplicação*, p. 266).

14-B. Ciúme como fundamento para a causa de diminuição: há quem sustente ser o ciúme motivo suficiente para a aplicação da minoração prevista no art. 121, § 1º “Em verdade, excepcionalmente, não por si só porém aliado a outros motivos ou circunstâncias na conduta criminosa, o ciúme pode configurar-se ou enquadrar-se, tecnicamente, como atenuante genérica de motivo de relevância moral ou social e mesmo, em certos delitos, como minorativa penal, tornando privilegiada a infração penal

(homicídio ou lesão corporal)” (Roque de Brito Alves, *Ciúme e crime*, p. 58). De nossa parte, acreditamos que o ciúme, exclusiva e automaticamente, não pode ser classificado como relevante valor moral ou social, nem tampouco como motivo fútil ou torpe. É preciso analisar o contexto. Dependendo de cada agente e vista a situação de modo particular, o ciúme tanto pode ser motivação relevante quanto fútil. Aliás, pode, igualmente, não representar motivo especial para aumentar ou diminuir a pena. Ilustrando: a) o ciúme egoístico, baseado em puro sentimento de posse, pode representar motivação fútil ou torpe; b) o ciúme, quando fundado em excessivos modos de expressar amor, cuidado, carinho e zelo, pode servir de base à motivação relevante.

15. Eutanásia e homicídio privilegiado: há pelo menos três conceitos diversos para o mesmo fenômeno: a) *eutanásia*: homicídio piedoso (chamado, também, homicídio médico, compassivo, caritativo ou consensual), para “abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente, reconhecidamente incurável” (Hungria, *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*, p. 14), que se encontra profundamente angustiado. Nesse caso, o paciente ainda não se encontra desenganado pela medicina. No sentido etimológico da palavra, quer dizer “morte suave, doce, fácil, sem dor”, mas não é antecipação; b) *ortotanásia*: homicídio piedoso omissivo (eutanásia omissiva, eutanásia moral ou terapêutica), deixando o médico de ministrar remédios que prolonguem artificialmente a vida da vítima, portadora de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável, já desenganada pela medicina; c) *distanásia*: morte lenta e sofrida de uma pessoa, prolongada pelos recursos que a medicina oferece. Sob o ponto de vista legal, qualquer dessas formas de matar o paciente, que se encontra

angustiado por uma doença, é criminosa. Não se inclui a distanásia, pois esta é forma de prolongar o sofrimento até o fim natural da pessoa humana. Sob o ponto de vista médico, no entanto, conforme o art. 66 do Código de Ética Médica (aprovado pela Resolução 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina) trata-se a ortotanásia como procedimento ético. Entende-se, no entanto, no meio jurídico, pelos valores morais que estão em jogo, buscando evitar o sofrimento prolongado de alguém vitimado por doença grave, que se trata de um homicídio privilegiado, com base no relevante valor moral. Debate-se, no direito brasileiro, a possibilidade de se acolher a eutanásia – ao menos, a ortotanásia – como excludente de ilicitude, fundada no consentimento do ofendido. Consulte-se a nota 107 ao art. 23, onde está mencionada a Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, ratificando o entendimento em prol da ortotanásia (a referida Resolução encontra-se suspensa por decisão liminar do MM. Juiz, Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14.^a Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal). Contrariamente, levantam-se os seguintes argumentos: a) a santidade da vida humana, sob o aspecto religioso e sob o aspecto da convivência social; b) a eutanásia voluntária abriria espaço para a involuntária; c) poderia haver abuso de médicos e familiares, por interesses escusos; d) há sempre possibilidade de diagnóstico errôneo; e) há possibilidade do surgimento de novos medicamentos para combater o mal. “Cita-se, por oportuno, caso ocorrido na França, referente à filhinha de 5 anos de um médico que adoeceu gravemente a vários quilômetros de Paris. Atacada por difteria, moléstia de grande gravidade à época, cujo grau de letalidade atingia 99% de óbitos. Tendo utilizado o pai de todos os recursos possíveis e vendo avizinharem-

se os sintomas precursores da morte, tais como, dispnéia, cianose e os sinais de asfixia, resolve, desolado, pôr fim ao sofrimento da filha, injetando-lhe forte dose de ópio que, em poucos segundos, produziu seu efeito. Realizado o enterro, ao voltar do cemitério, triste, a imensa dor da saudade e a sensação de um cruel dever cumprido, depara-se com um telegrama a si dirigido, cujo texto dizia: *Roux acaba de descobrir o soro antidiftérico, aplicando-o com êxito. Aguarde remessa...*” (Ana Raquel Colares dos Santos Soares, *Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver?*, p. 151-152); f) há sempre a possibilidade de reações orgânicas do paciente, consideradas “milagres”, restabelecendo-se o enfermo (Hungria, *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*, p. 16). Ainda assim, no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional, prevê-se, como excludente de ilicitude, a possibilidade de realização da ortotanásia, incluindo-se, no art. 121, o § 4.º: “Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão”. São argumentos favoráveis ao acolhimento da eutanásia pelo Direito – ao menos, a ortotanásia: a) sob o ponto de vista médico, a vida sem qualidade perde sua identidade; b) a Assembléia do Conselho da Europa, por meio da Recomendação 79/66, estabeleceu os direitos dos doentes e moribundos, mencionando o “direito ao respeito da vontade do paciente quanto ao tratamento a ser utilizado”, “o direito à sua dignidade e integridade”, “o direito de informação”, “o direito de cura apropriada” e “o direito de não sofrer inutilmente”. No mesmo sentido: *Patient's Bill of Rights* (Estados Unidos); Carta sobre Deveres e Direitos dos Doentes

(França); Carta dos Direitos dos Enfermos (Itália). Narra-se que o fim da trajetória de Freud deveu-se à eutanásia. “No final de setembro de 1939 disse a seu médico, Max Schur: *hoje em dia, viver não é nada mais do que tortura. Não faz mais sentido*” (Schur, 1972, p. 529). O médico havia lhe prometido que não o deixaria sofrer desnecessariamente. Ele ministrou três injeções de morfina nas 24 horas seguintes, cada dose maior do que o necessário para a sedação, e pôs fim aos longos anos de sofrimento de Freud” (Schultz & Schultz, *Teorias de personalidade*, p. 47). Enfim, longe de estar resolvida a questão, é preciso considerar que muitos aspectos de ordem religiosa estão envolvidos na discussão do tema. Por tal razão, dificilmente, em breve tempo, haverá solução legal para a eutanásia (ou ortotanásia) no Brasil. Enquanto tal não se der, resume-se o assunto a dois prismas: se alguém matar o paciente em agonia, levando em conta esse estado, cometerá homicídio privilegiado. Diz Amadeu Ferreira que “o homicídio resultará não só da compaixão pelo sofrimento daquele a quem se vai matar, mas também pela insuportabilidade e pelo sofrimento que acarretam para o próprio homicida. A morte, muitas vezes conjunta, acaba por ser vista como a única ‘saída’ para tais situações” (*Homicídio privilegiado*, p. 66). Entretanto, estando desenganado, pode-se argumentar ter havido o consentimento do ofendido (causa supralegal de exclusão da ilicitude). Nada que se afirme, nesse contexto, é definitivo, merecendo a análise da situação concreta uma visão particularizada.

16. Domínio de violenta emoção: como vimos em comentário ao art. 28, para o qual remetemos o leitor, a emoção, na lição de Hungria, “é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento”, podendo levar

alguém a cometer um crime. Configura a hipótese do homicídio privilegiado, quando o sujeito está *dominado* pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo de vingança, amor exacerbado, ciúme intenso) e foi injustamente provocado pela vítima, momentos antes de tirar-lhe a vida. As duas grandes diferenças entre o privilégio e a atenuante (art. 65, III, c, CP) são as seguintes: a) para o privilégio exige a lei que o agente esteja *dominado* pela violenta emoção e não meramente influenciado, como mencionado no caso da atenuante; b) determina a causa de diminuição de pena que a reação à injusta provocação da vítima se dê *logo em seguida*, enquanto a atenuante nada menciona nesse sentido. Portanto, estar tomado pela emoção intensa, causada pela provocação indevida do ofendido, pode provocar uma resposta *imediata* e violenta, terminando em homicídio. A causa especial de diminuição da pena é reconhecida, tendo em vista que o ser humano não pode ser equiparado a uma fria máquina, que processa dados ou informações, por piores que eles sejam, de modo retilíneo e programado. “Trata-se, pois, de um estado psicológico que não corresponde ao normal do agente, encontrando-se afetadas a sua vontade, a sua inteligência e diminuídas as suas resistências éticas, a sua capacidade para se conformar com a norma” (Amadeu Ferreira, *Homicídio privilegiado*, p. 63). Do mesmo modo que o art. 59, após a Reforma Penal de 1984, incluiu nas bases para a fixação da pena o comportamento da vítima, é necessário destacar que a parte ofendida, muitas vezes, colabora enormemente para a prática do delito. A título de exemplo, pode-se mencionar a atitude agressiva, desajuizada e pretensiosa de um jovem que dá um tapa no rosto de um homem honrado, bem mais velho, na presença de seus familiares e amigos, sem qualquer razão plausível. Tal hostilidade pode desencadear no pacífico

indivíduo uma emoção intensa, que o faz perder o controle, partindo para o contra-ataque, sem medir as consequências, nem atentar para os limites. Caso termine matando a vítima que o provocou injustamente, tendo agido logo em seguida, não pode ser absolvido pela vetusta *legítima defesa da honra*, embora se possa reconhecer em seu benefício a causa de diminuição da pena. Interessante denominação da violenta emoção geradora do crime é dada por Amadeu Ferreira, dizendo tratar-se do “túnel da emoção” do qual somente se sai pela descarga emocional, ou seja, a saída é o cometimento do delito, do qual não se pode desviar (ob. cit., p. 105). O aspecto temporal – *logo em seguida* – deve ser analisado com critério e objetividade, constituindo algo *imediato, instantâneo*. Embora se admita o decurso de alguns minutos, não se pode estender o conceito para horas, quiçá dias. Um maior espaço de tempo entre a injusta provocação e a reação do agente deve ser encaixado na hipótese da atenuante, mas jamais do privilégio. Caso não se preencha a figura do privilégio por não haver *domínio* de violenta emoção ou por não ter havido resposta imediata – *logo em seguida* –, é possível ao juiz ou aos jurados considerar a atenuante em caráter residual. Logo, por exemplo, no Tribunal do Júri, não destoa da lógica a quesitação dúplice, isto é, indaga-se aos jurados se houve a causa de diminuição de pena e, negada esta, ainda poder haver outra pergunta que diz respeito à atenuante.

16-A. Fundamento da atenuação do homicídio no caso de violenta emoção: há, basicamente, três critérios: a) *objetivo*: trata-se de uma espécie de compensação entre a violência gerada pelo provocador e a resposta dada pelo provocado, reduzindo a ilicitude do ato praticado. Seria uma espécie de *legítima defesa imperfeita*;

b) *subjetivo*: põe em relevo a psicologia do agente, uma vez que a provocação diminui a sua culpabilidade, mas não altera a gravidade do fato ilícito. A diminuição da culpabilidade reside na circunstância de ter havido provocação, o que ocasiona a cólera do autor; c) *misto*: é a combinação das duas anteriores (Amadeu Ferreira, *Homicídio privilegiado*, p. 24). Não há dúvida de que, no Brasil, adotamos a teoria subjetiva, ou seja, interessa o lado psicológico do agente, que, violentamente emocionado, não se contém. Cuida-se, pois, de diminuição da culpabilidade, motivo pelo qual reflete na redução da pena de 1/6 a 1/3.

16-B. Concomitância de causas de diminuição: é possível que, em situações excepcionais, ocorra mais de uma causa de diminuição de pena prevista no § 1.º do art. 121. Imagine-se o traidor da pátria que agride fisicamente alguém que, com justiça, recriminou seus atos. O ofendido, tomado de violenta emoção, termina por matá-lo. Pode o juiz levar em conta as duas circunstâncias (relevante valor social: eliminação do traidor da pátria + domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação da vítima) em momentos diferentes. Uma delas como atenuante e outra como causa de diminuição de pena, sem que se possa falar em *bis in idem*. Aliás, assim também se faz quando um crime comporta mais de uma qualificadora. O juiz leva em conta uma delas para alterar o patamar de fixação da pena e a outra (ou as outras) será levada em conta para outras fases, como a prevista no art. 59 ou a relativa às agravantes.

16-C. Domínio de violenta emoção e dolo eventual: compatibilidade. É viável supor que alguém, dominado pela violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, acabe assumindo o risco de, em reação agressiva, matá-la. Exemplo

dado por Amadeu Ferreira: “mulher sujeita a maus tratos, agride o marido numa situação em que está violentamente emocionada. Prevê que, dessa agressão, possa resultar a morte do marido e, no entanto, agride-o” (*Homicídio privilegiado*, p. 82).

16-D. Análise contextual da injusta provocação da vítima: expusemos um exemplo de *injusta* provocação da vítima na nota 16 supra (um jovem dá um tapa no rosto de um homem honrado, bem mais velho, na presença de seus familiares e amigos, sem qualquer razão), porém nem sempre ocorre agressão física. Muitas vezes, a provocação se concretiza por meio de ofensas verbais, o que também dá margem ao distúrbio emocional de quem foi indevidamente agredido. Nesse caso, é fundamental considerar o cenário onde estão inseridos ofensor e destinatário da ofensa. Este, somente pode alegar domínio de *violenta emoção* quando a agressão verbal fugir completamente ao seu cotidiano e à sua expectativa. Pessoas que estão habituadas à troca de injúrias, com relativa frequência, não podem, de um momento para outro, sentir-se *violentamente* emocionadas com algum insulto que lhes seja dirigido. Por outro lado, aqueles que quase nunca proferem palavras de baixo-calão ou que estão imersas em um ambiente onde palavras afrontosas são raridades, quando ofendidas dessa maneira, injustamente, podem reagir sob o domínio de violenta emoção. Diz Ricardo Levene, com razão, que “esse insulto, entre gente sem educação, pode ser quase diariamente intercalado nas conversações normais, mas entre outras classes de pessoas pode ser a provocação exigida ou requerida pela lei para justificar o estado de emoção” (*El delito de homicidio*, p. 235).

16-E. Premeditação e violenta emoção: incompatibilidade. O agente que planeja cuidadosamente a prática do delito,

não pode alegar, em hipótese alguma, estar violentamente emocionado, até por que a lei exige que o distúrbio emocional seja fruto da injusta provocação da vítima. Obviamente, além disso, há uma relação de imediatidade entre o ato da pessoa ofendida e a reação desencadeada no autor da agressão. Tal situação é inviável quando o agente tem tempo suficiente para premeditar o ataque. Nesse sentido: TJRS: Ap. 70009881152, 1.^a C., rel. Ivan Leomar Bruxel, 22.12.2004, v. u.

17. Obrigação ou faculdade do juiz:

sendo o homicídio um delito julgado pelo Tribunal do Júri (art. 5.^o, XXXVIII, *d*, CF), é natural supor que o reconhecimento do privilégio, que integra o tipo do homicídio, tenha sido acolhido pelos jurados, dentro da sua soberania (art. 5.^o, XXXVIII, *c*, CF), de modo que é obrigação do juiz aplicar a redução. O que fica ao critério do magistrado é o montante a ser reduzido e, nesse prisma, pode ele valer-se do livre convencimento. Conforme a relevância do motivo – maior ou menor – ou de acordo com a espécie de emoção (amor exagerado ou desejo de vingança), bem como com o tipo de *injustiça* da provocação da vítima (completamente fútil ou motivada por anteriores agressões sofridas), deve o juiz graduar a diminuição. Não vemos como o magistrado poderia reconhecer o privilégio se os jurados o negaram ou deixaram de se pronunciar com relação a ele – afinal, não se trata de mera atenuante (circunstância legal não integrante do tipo penal), mas de um tipo derivado. Se a acusação sustentou homicídio simples e a defesa nada pediu a esse respeito, é defeso ao juiz presidente aplicar a diminuição por sua conta, o que não deixa de ferir a soberania do veredicto (que reconheceu um homicídio *simples*, e não privilegiado). Defendendo, igualmente, a soberania dos veredictos dos jurados, a prevalecer sobre a opinião individual do magistrado, está a lição de

Euclides Custódio da Silveira: “Ora, se os jurados afirmam o quesito relativo à causa de diminuição da pena, que é obrigatório quando requerido pela defesa (Código de Processo Penal, art. 484, IV [atual art. 483, § 3.^o, I, com redação determinada pela Lei 11.689/2008]), iniludivelmente sacrificado estaria o princípio constitucional se o juiz Presidente do Tribunal do Júri pudesse desatendê-lo ou recusar-lhe acolhimento, que a tanto equivaleria não diminuir a pena prevista na cabeça do artigo, de um sexto a um terço” (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 51-52).

18. Homicídio privilegiado hediondo: não existe tal possibilidade, pois a Lei 8.072/90 previu apenas as formas simples e qualificada do homicídio (art. 1.^o, I), nada mencionando a respeito do § 1.^o. E, conforme já expusemos, nem mesmo a figura simples comporta a classificação da hediondez.

19. Homicídio qualificado: é o homicídio praticado com circunstâncias legais que integram o tipo penal incriminador, alterando para mais a faixa de fixação da pena. Portanto, da pena de reclusão de 6 a 20 anos, prevista para o homicídio simples, passa-se ao mínimo de 12 e ao máximo de 30 para a figura qualificada. Embora considerado crime hediondo, após a decisão tomada pelo STF (ver a nota 18 ao art. 33), em 23.02.2006, passa-se a admitir progressão de regime para essa espécie delituosa. Entretanto, o regime inicial deve ser sempre o fechado. Aliás, essa posição terminou por ser ratificada pela edição da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2.^o, § 1.^o, da Lei 8.072/90, prevendo o regime *inicial* fechado para crimes hediondos e equiparados.

20. Homicídio privilegiado-qualificado: tem sido posição predominante na

doutrina e na jurisprudência a admissão da forma privilegiada-qualificada, desde que exista compatibilidade lógica entre as circunstâncias. Nessa linha: TJSP: Ap. Crim. 223.585-3/6, Cachoeira Paulista, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 04.05.1999, v.u. Como regra, pode-se aceitar a existência concomitante de qualificadoras objetivas com as circunstâncias legais do privilégio, que são de ordem subjetiva (motivo de relevante valor e domínio de violenta emoção). O que não se pode acolher é a convivência pacífica das qualificadoras subjetivas com qualquer forma de privilégio, tal como seria o homicídio praticado, ao mesmo tempo, por motivo fútil e por relevante valor moral. Convivem, em grande parte, harmoniosamente as qualificadoras dos incisos III e IV com as causas de diminuição da pena do § 1.^o. Não se afinam as qualificadoras dos incisos I, II e V com as mesmas causas. Nessa linha: STF: “A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de ocorrência de homicídio *privilegiado-qualificado*, desde que não haja incompatibilidade entre as circunstâncias aplicáveis. Ocorrência da hipótese quando a paciente comete o crime *sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima*, mas o pratica disparando tiros de surpresa, nas costas da vítima (CP, art. 121, § 2.^o, IV). A circunstância *subjetiva* contida no homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1.^o) convive com a circunstância qualificadora *objetiva* ‘mediante recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima’ (CP, art. 121, § 2.^o, IV). Precedentes” (HC 76.196-GO, 2.^a T., rel. Maurício Correa, 29.09.1998, m. v., RTJ 176/743). Excepcionalmente, pode ser incabível, conforme o caso concreto, a coexistência entre uma qualificadora objetiva e o privilégio. Tal aconteceria, por exemplo, quando, violentamente emocionado, sem equilíbrio e de inopino, o agente, logo após

injusta provocação, reage, matando a vítima. Embora, em tese, se possa sustentar que o ataque ocorreu de surpresa, dificultando a defesa do ofendido, é preciso destacar que a provocação injusta foi motivo suficiente para uma reação súbita. Assim a lição de Dirceu de Mello: “Inexpugnável é a contradição entre o homicídio privilegiado e a qualificadora do uso de recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. Isto porque, naquele, a execução é subitânea, imprevista, tempestuosa, circunstâncias que não se compadecem com os temperamentos racionais que ditam o método ou o meio de execução sempre precedidos de processo mental ordenado” (apud Guilherme de Souza Nucci, *Roteiro prático do júri*, p. 84). Ver ainda: RT 591/330, 593/338, 607/305. Em sentido oposto, sustentando a inviabilidade, para qualquer hipótese, de haver homicídio qualificado-privilegiado, pois, uma vez comprovado o privilégio, tem ele força para repelir qualquer qualificadora, está o ensinamento de Euclides Custódio da Silveira: “foi propositadamente, e, a nosso ver, com acerto, que o Código fez preceder o dispositivo concernente ao privilégio ao das qualificadoras. Não admite ele o homicídio qualificado-privilegiado, por considerá-lo forma híbrida, enquanto reconhece a compossibilidade do mesmo privilégio nas lesões corporais graves, gravíssimas e seguidas de morte, onde não há realmente antagonismo algum” (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 55).

20-A. Homicídio privilegiado-qualificado hediondo: não nos parece admissível a consideração do homicídio privilegiado-qualificado como hediondo. A Lei 8.072/90, no art. 1.^o, I, faz expressa referência apenas ao homicídio simples e ao qualificado. A figura híbrida, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, configura situação anômala, que não deve ser interpretada em desfavor

do réu. Aliás, não se trata unicamente de dizer que a mencionada Lei 8.072/90 apenas qualificou como hediondo um delito já existente (homicídio qualificado), sem qualquer nova tipificação. Sem dúvida que não houve a criação de um tipo penal novo, embora as consequências da novel qualificação invadam, nitidamente, a seara da incriminação, cortando benefícios variados (obrigação de cumprir a pena inicialmente no regime fechado, perda do direito à liberdade provisória, com fiança, ampliação do prazo para obtenção de livramento condicional etc.), devendo respeitar o princípio da legalidade (não há crime sem lei anterior que o defina). Por isso, inexistindo qualquer referência na Lei 8.072/90 a respeito da causa de diminuição prevista no § 1.º do art. 121 do Código Penal, torna-se, a nosso juízo, indevida a sua qualificação como delito hediondo. Acrescente-se, ainda, o fato de que a referida causa de diminuição faz parte, sem dúvida, da tipicidade derivada, tanto assim que permite a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Por isso, integrando o tipo penal, é indispensável que qualquer qualificação, tornando-o mais severo, passe pelo crivo da previsão expressa em lei, justamente o que não acontece no art. 1.º, I, da Lei dos Crimes Hediondos. E mais: não deixa de ser estranha a qualificação de *hediondo* (repugnante, vil, reles) a um delito cometido, por exemplo, por motivo de relevante valor moral ou social. Ainda que possa ser praticado com crueldade (qualificadora objetiva, que diz respeito ao modo de execução), a motivação nobre permite que se considere delito comum e não hediondo, afinal, acima de tudo, devem-se considerar os motivos (finalidade) do agente para a consecução do crime e não simplesmente seus atos. A despeito disso, entendimento contrário já foi adotado no STF, ao reconhecer a hediondez de homicídio privilegiado-qualificado: “A superve-

niência das Leis 8.072/90 e 8.930/94, que tratam dos crimes hediondos, não altera a jurisprudência deste Tribunal, observando-se que no caso do homicídio qualificado não foi definido um novo tipo penal, mas, apenas, atribuída uma *nova qualidade* a um crime anteriormente tipificado” (HC 76.196-GO, 2.ª T., rel. Maurício Correa, 29.09.1998, m. v., RTJ 176/743).

21. Paga ou promessa de recompensa: são formas específicas de torpeza. É o homicídio mercenário, cometido porque o agente foi recompensado previamente pela morte da vítima (paga) ou porque lhe foi prometido um prêmio após ter eliminado o ofendido (promessa de recompensa).

22. Torpe: é o motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade. Note-se que a lei penal valesse, nesse caso, da interpretação analógica, admitida em direito penal (o que é vedado é o emprego da analogia), pois estabelece dois exemplos iniciais de torpeza e, em seguida, generaliza, afirmando “ou outro motivo torpe”, para deixar ao encargo do intérprete a inclusão de circunstâncias não expressamente previstas, mas consideradas igualmente ignóbeis. É evidente que todo delito causa repulsa social, mas o praticado por motivo torpe faz com que a sociedade fique particularmente indignada, tal como ocorre com o delito mercenário – mata-se por dinheiro ou outra recompensa. Conferir: TJSP: “Torpe é o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social” (RSE 293.123-3/6, Sorocaba, 1.ª C., rel. Mariano Siqueira, 10.03.2003, v. u., JUBI 85/03). Algo que, naturalmente, envolve a repugnância social é o cometimento do crime fundado em razões de ganho patrimonial: TJDF: “Quanto à qualificadora do motivo torpe, também há de ser mantida, pois, como já

visto, em sua primeira versão dos fatos, a própria ré confessou que mandou matar a vítima para não ter que dividir com ela os direitos sobre o lote em que viviam” (Rec. Sent. Estrito 2005.07.1.005255-8, 1.^a T., rel. Edson Alfredo Smaniotto, 03.08.2006, v. u.).

23. Fútil: é o motivo flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, que merece ser verificado sempre no caso concreto. Mata-se futilmente quando a razão pela qual o agente elimina outro ser humano é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral, veementemente condenável. Ex.: o autor suprime a vida da vítima porque esta, dona de um bar, não lhe vendeu fiado. Ressalta, no entanto, Custódio da Silveira que a “futilidade do motivo deve prender-se *imediatamente* à conduta homicida em si mesma: quem mata no auge de uma altercação oriunda de motivo fútil, já não o faz somente por este motivo mediato de que se originou aquela” (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 61). Concordamos, plenamente, com o exposto, mencionando o seguinte exemplo: costuma-se defender que uma mera briga ocorrida no trânsito, de onde pode sair um homicídio, constitui futilidade, qualificando o crime. Nem sempre. Se um motorista sofreu uma “fechada”, provocada por outro, sai em perseguição e, tão logo o alcance, dispare seu revólver, matando-o, naturalmente, estamos diante de um homicídio qualificado pela futilidade, pois esta é direta e imediata. Entretanto, se, após alcançar o outro motorista, ambos param na via pública e uma acirrada discussão tem início, com troca de ofensas e até agressões físicas. A morte do perseguido, nessas circunstâncias, não faz nascer a qualificadora, pois o motivo fútil foi indireto ou mediato e não fruto direto do disparo do revólver. Em suma: há futilidade *direta ou imediata*,

que serve para qualificar o homicídio, bem como futilidade *indireta ou mediata*, que não faz nascer o aumento da pena. Sobre o tema, consultar ainda a nota 34 ao art. 61, especialmente no que concerne à indevida equiparação da *ausência de motivo* ao motivo fútil.

24. Ciúme não configura futilidade: a reação humana, movida pelo ciúme, forte emoção que por vezes verga o equilíbrio do agente, não é suficiente para determinar a qualificadora do motivo fútil. “Cientificamente (...), seja como fenômeno ou sentimento normal, comum ou de caráter patológico, seja em suas formas impulsivas (reações primárias), afetiva ou na obsessiva, entendemos, em síntese e essencialmente, que o ciúme é uma manifestação de um profundo complexo de inferioridade de uma certa personalidade, sintoma de imaturidade afetiva e de um excessivo amor-próprio. O ciumento não se sente somente incapaz de manter o amor e o domínio sobre a pessoa amada, de vencer ou afastar qualquer possível rival como, sobretudo, sente-se ferido ou humilhado em seu amor-próprio. (...) O ciúme já na sua antiga origem etimológica grega, em sua terminologia em tal idioma, bem indicava tal estado psíquico de tormento pois significava ‘ardor’, ‘ferver’, ‘fermentar’, considerando-o os gregos, como um ‘amor excessivo’, enquanto os romanos identificavam-no mais com o sentimento de inveja (Sokoloff). O próprio Santo Agostinho, em suas ‘Confissões’ proclamou que era ‘flagelado pela férrea e abrasadora tortura dos ciúmes’. A sabedoria popular diz que o ciumento fica ‘cego’ pelo seu tormento, pelo inferno que vive pois a verdadeira realidade não existe para ele, somente a realidade que ‘imagina’ ilusoriamente, alucinadamente, falsamente” (Roque de Brito Alves, *Ciúme e crime*, p. 19). Aliás, da mesma forma, agir por ciúme não serve para isentar a

responsabilidade (art. 28, I, CP). Conferir: TJSP: “O motivo, embora possa ser injusto para justificar a morte da vítima, não é de molde a caracterizar a futilidade. Não pode ser considerado desprezível, de somenos importância, o motivo que impeliu o acusado a ceifar a vida de sua esposa” (RSE 185.108-3-SP, 6.^a C., rel. Pereira da Silva, 28.09.1995, v. u.).

25. Exegese das hipóteses qualificadoras: a lei penal valeu-se, mais uma vez, da interpretação analógica. Forneceu exemplos – veneno, fogo, explosivo, asfixia e tortura – para depois generalizar dizendo “ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Temos, então, *três famílias*: o *meio insidioso* (pérfido, enganoso, que constitui uma cilada para a vítima), o *meio cruel* (que exagera, propositadamente, o sofrimento impingido à vítima) e o *meio que traz perigo comum* (aquele que provoca dano à vítima, mas também faz outras pessoas correrem risco). As *espécies* são: *veneno* (meio insidioso ou cruel, conforme o caso. O veneno, para ser ministrado, em regra, é meio insidioso, pois o agente precisa ludibriar o ofendido, a fim de garantir a ingestão da substância. Mas nem sempre. Pode ser o veneno ministrado à força e a vítima sofrer em demasia, como o caso das queimaduras provocadas pelos cáusticos); *fogo* (pode constituir-se em meio cruel ou que gera perigo comum. A queimadura, em regra, é um sofrimento atroz, concretizando, pois, o desiderato cruento do agente. Por outro lado, pode atingir terceiros, conforme sua volatilidade); *explosivo* (provocar a morte da vítima por meio da explosão de determinada substância, em regra, gera perigo comum, mas também pode constituir-se em meio cruel, caso a detonação, previamente calculada pelo autor, provoque no ofendido a perda de membros e, conseqüentemente, uma morte

agônica e lenta); *asfixia* (pode constituir-se em meio insidioso ou cruel – ou ambos –, pois ela demanda superioridade de forças do agente ou o efeito surpresa, além de ser, muitas vezes, agônica, demandando mais de três minutos para causar a morte); *tortura* (que evidentemente é um processo cruel, prolongando maldosamente o sofrimento da vítima).

25-A. Qualificadoras objetivas e elemento subjetivo: parece-nos importante detectar, no ânimo do agente, a vontade de concretizar as hipóteses qualificadoras denominadas objetivas. Outra posição equivaleria à sustentação da responsabilidade penal objetiva, que merece ser evitada em Direito Penal. Portanto, matar alguém, valendo-se de meio cruel, é situação a ser avaliada no contexto fático, sem dúvida, ou seja, se realmente causou sofrimento atroz à vítima, mas também no cenário do intuito do agente. Quis este, efetivamente, atingir o ofendido de maneira a lhe causar sofrimento além do necessário para conseguir o resultado morte? Por vezes, não. Agredir alguém, com vários socos e pontapés, pode ser conseqüência de uma briga furiosa e, embora constitua maneira dolorida de se causar a morte, não estava presente no ânimo do agente a referida dor exacerbada. Por outro lado, é possível que o autor do homicídio deseje sentir o padecimento da vítima, motivo pelo qual a agride com vários socos e pontapés, chegando a vibrar com seu sofrimento. Surge, então, a qualificação do delito. O dolo do agente, em suma, precisa, por certo, ser abrangente, isto é, envolver *todos* os elementos objetivos do tipo penal, o que inclui as qualificadoras de natureza objetiva (incisos III e IV do § 2.º do art. 121). Nesse sentido: TJSP: “sem esse elemento subjetivo, a repetição de golpes desferidos contra a ofendida, por si só, não constitui meio cruel; será cruel,

se o agente os repetiu com o claro desejo de infligir à ofendida maior sofrimento” (Rec. Sent. Estrito 318.358-3/8, São Paulo, 5.^a C. Extraordinária, rel. Octávio Helene, 11.08.2004, v. u.).

26. Conceito de veneno: é a “substância que, introduzida no organismo, altera momentaneamente ou suprime definitivamente as manifestações vitais de toda matéria organizada” (Odon Ramos Maranhão, *Curso básico de medicina legal*, p. 282). Os venenos dividem-se em gasosos (como o óxido de carbono, os gases de guerra, entre outros), voláteis (álcool, clorofórmio, benzina, entre outros), minerais (mercúrio, chumbo, arsênico, cáusticos, entre outros) e orgânicos fixos (barbitúricos, alcalóides, entre outros). “O veneno alcançou popularidade e uso extraordinários na Grécia e em Roma. No século XII, aparecem os primeiros livros que falam da arte de envenenar. Adquire uma grande importância nos séculos XV e XVI, especialmente na Itália, quicá, mais que nada, devido ao uso que dele se fez na Corte dos Borgia. (...) O veneno passa, depois, à França, possivelmente levado por Catarina de Médicis, e se populariza tanto ali, abusa-se tanto dele e são tantas as mortes que ocasionam, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, que os reis de França tiveram que editar várias leis perseguindo implacavelmente seu uso e Luís XIV criou a chamada Corte dos venenos, ou Câmara ardente, descrita por Victorieu Sardou, tribunal especializado e destinado a perseguir o uso desse meio, que tantas vítimas provocou” (cf. Ricardo Levene, *El delito de homicidio*, p. 196).

26-A. Veneno e vidro moído: para verificarmos se há relação, podemos nos valer dos esclarecimentos de Ricardo Levene ao discutir o tema: “Para aqueles, como Groizard, que sustentam que toda substância alheia ao organismo e capaz de danificá-lo

constitui veneno, o vidro moído, naturalmente, o é, ainda que atue fisicamente, mas para os que opinam que somente é veneno a substância que produz alterações químicas no organismo, mesclando-se, fundindo-se com o sangue, com os sucos e secreções, não é veneno. Determinaria em todo caso a comissão de um homicídio qualificado por insídia, por traição ou por sevícias, em face do sofrimento enorme da vítima pela forma como se lhe destroça o intestino, embora não seja veneno no conceito técnico” (*El delito de homicidio*, p. 198). Preferimos a segunda corrente. O veneno há de ser substância capaz de atuar no organismo, mesclando-se ao seu funcionamento, ministrado em forma gasosa, sólida ou líquida, provocando danos, porém sem a materialização do vidro moído. Assim, poderíamos considerar um gás venenoso, um comprimido fatal ou mesmo uma substância líquida mortífera. Na realidade, fazer com que a vítima ingira vidro moído significa uma forma de insídia, mas não necessariamente trata-se de veneno. Pode representar, sem dúvida, uma maneira cruel ou insidiosa de matar, o que qualifica o delito do mesmo modo.

27. Fogo considerado como meio cruel: “O fogo pode matar. E mata de forma –sabidamente– terrível, extremamente dolorosa” (cuidando do caso do índio pataxó, Galdino Jesus dos Santos, incendiado por quatro rapazes no Distrito Federal, em 20 de abril de 1997) (STJ, RE 192.049-DF, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 09.02.1999, m. v.).

28. Conceito de asfixia: trata-se da supressão da respiração, que se origina de um processo mecânico ou tóxico. São exemplos: *o estrangulamento* (compressão do pescoço por um laço conduzido por força que pode ser a do agente agressor ou de outra fonte, exceto o peso do corpo do ofendido), *o enforcamento* (compressão do pescoço por um laço, causada pelo peso do

próprio corpo da vítima), a *esganadura* (é o aperto do pescoço provocado pelo agente agressor diretamente, valendo-se das mãos, pernas ou antebraço), o *afogamento* (trata-se da inspiração de líquido, estando ou não imerso) e o *uso de gases ou drogas asfixiantes*, entre outros.

29. Conceito de tortura: valemo-nos da definição fornecida pela Convenção da Organização das Nações Unidas, de Nova York, aprovada pelo Brasil por intermédio do Decreto 40/91, que cuidou do tema (art. 1.º): “Para os fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”. Portanto, qualquer forma de cominar a uma pessoa humana um sofrimento físico ou mental atroz visando à obtenção de qualquer coisa contra sua vontade ou mesmo para puni-la por algo que tenha praticado pode ser considerado *tortura* (ver nosso *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 255-256). Lembremos que, quando se tratar de tortura como meio para atingir a morte de alguém, a despeito da Lei 9.455/97, que tipificou o delito de tortura no Brasil, continua ela a ser uma

qualificadora. Na realidade, trata-se de uma questão ligada ao elemento subjetivo. Se o agente pretende matar a vítima, *por meio* da tortura, deve ser punido por homicídio qualificado. Entretanto, se o intuito é torturar o ofendido, para dele obter, por exemplo, a confissão (art. 1.º, I, a, Lei 9.455/97), responderá por delito autônomo. Há, ainda, a possibilidade de ocorrer a morte da vítima, em decorrência da tortura, sendo esta última a finalidade do autor, configurando-se, então, o denominado *crime qualificado pelo resultado*. Será punido por tortura seguida de morte, cuja pena varia de oito a dezesseis anos de reclusão (art. 1.º, § 3.º, Lei 9.455/97).

30. Exegese do dispositivo: novamente, a lei penal vale-se da interpretação analógica. Usando vários exemplos, termina generalizando a partir do modelo: “recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”. Portanto, é de se considerar que a traição, a emboscada e a dissimulação são espécies de recursos que dificultam ou impedem a defesa da vítima.

31. Conceito de traição: trair significa enganar, ser infiel, de modo que, no contexto do homicídio, é a ação do agente que colhe a vítima por trás, desprevenida, sem ter esta qualquer visualização do ataque. O ataque de súbito, pela frente, pode constituir *surpresa*, mas não traição.

32. Conceito de emboscada: emboscar significa ocultar-se para poder atacar, o que, na prática, é a tocaia. O agente fica à espreita do ofendido para agredi-lo.

33. Conceito de dissimulação: dissimular é ocultar a verdadeira intenção, agindo com hipocrisia. Nesse caso, o agressor, fingindo amizade ou carinho, aproxima-se da vítima com a meta de matá-la.

34. Outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima: ao generalizar, fornecendo de antemão os exemplos, deixa a lei penal bem claro que o objetivo desta qualificadora é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido. Traíndo-o, emboscando-o ou ocultando suas verdadeiras intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte, que se torna presa fácil. Entretanto, há possibilidade de surgirem outros aspectos dessa modalidade pusilânime de agir, o que permite o encaixe na figura genérica. Exemplo disso seria atacar quem está dormindo ou embriagado. Nesta ótica: TJRS: Rec. Sent. Estrito 70017174426, Santa Rosa, 1.^a C., rel. Raulo Vieira, 29.11.2006, v. u. *A surpresa na agressão* é o fator diferencial, que se deve buscar. Conferir: TJDF: “Apoiado em farta doutrina e jurisprudência, tem-se que a surpresa, isto é, o ataque inesperado, pode também caracterizar a qualificadora em exame, justamente porque além de se assemelhar às fórmulas casuísticas citadas, subsume-se inteiramente na expressão genérica ‘outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima’” (Rec. Sent. Estrito 2005.07.1.005255-8, 1.^a T. rel. Edson Alfredo Smaniotto, 03.08.2006, v. u.). Entretanto, é preciso agir com cautela para não generalizar, na prática, uma qualificadora que torna a pena do homicídio muito mais grave. Note-se que todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima de que ela será agredida, de forma que não é o simples fato de iniciar um ataque de súbito que faz nascer a qualificadora. É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente *surpreender* a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação. É a presença do elemento subjetivo abrangente, como ex-

posto na nota 25-A supra. Assim, se, durante uma exasperada discussão, alguém saca de um revólver atingindo o ofendido, isso não significa, necessariamente, a configuração da qualificadora da surpresa. Nesse sentido: TJMG, Ap. 1.0023.03.900297-9/001, 2.^a C., rel. José Antonino Baía Borges, 23.09.2004, v. u. Entretanto, se o agente, premeditando e preparando seus passos, provoca uma discussão e saca da arma que portava já com a finalidade de atirar na vítima, é natural que a qualificadora esteja concretizada. Por outro lado, a existência de *superioridade de armas*, por si só, não é motivo para qualificar o homicídio, considerando-se *surpresa no ataque*. É a posição majoritária na doutrina, embora exista ainda polêmica na jurisprudência.

35. Existência anterior de ameaça de morte: não é suficiente para descaracterizar a qualificadora baseada na surpresa, desde que, nas circunstâncias fáticas concretas, a vítima não poderia esperar, naquele momento, o ataque. Conferir: TJSP: Ap. 260.543-3-SP, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 23.03.1999, v. u. (trata-se de disparo dado de modo inesperado e pelas costas, mesmo tendo havido antes ameaça de morte, que não foi levada a sério pela vítima, em razão de rompimento de namoro).

36. Finalidade especial do agente: esta qualificadora caracteriza-se pela evidência do ânimo especial de agir – o elemento subjetivo específico ou *dolo específico*. Quer o agente, ao matar a vítima, assegurar a execução de outro crime (ex.: mata-se o chefe de segurança de uma empresa para que se possa invadi-la, com maior chance de êxito, no dia seguinte), assegurar a ocultação de um delito (ex.: o sujeito que viola uma sepultura, percebendo que foi visto, elimina a testemunha a fim de que seu crime não seja descoberto), assegurar a impunidade

do delito (ex.: o ladrão, notando ter sido reconhecido por alguém, durante a prática do furto, elimina essa pessoa, para não ser identificado) ou assegurar a vantagem de outro crime (ex.: elimina-se o parceiro para ficar integralmente com o dinheiro conseguido à custa de algum delito).

37. Crime putativo ou impossível: caso o agente cometa um homicídio para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro delito, sendo este considerado putativo (crime que somente existe na mente do sujeito que o pratica) ou impossível (é a tentativa inidônea, cujos atos executórios desenvolvem-se através de meio absolutamente ineficaz ou que se voltam contra objeto absolutamente impróprio, não sendo punida) deixa de ser aplicada a qualificadora do inciso V. Exemplo da primeira situação seria o sujeito que mata a testemunha que o viu mantendo relação sexual com uma prostituta. Assim age, crendo que a prostituição é crime, o que não acontece, logo é crime putativo. Exemplo da segunda situação seria o indivíduo que, pretendendo subtrair bens de uma empresa, mata o vigilante da rua, embora depois se constate que a empresa mudara-se do lugar, deixando para trás um galpão vazio e imprestável. É uma tentativa impossível de furto, porque o objeto é absolutamente impróprio. Nas duas hipóteses, o crime de homicídio não deve ser qualificado com base neste inciso.

38. Hipóteses de conexão consequencial, teleológica e ocasional: denomina-se de conexão consequencial a prática de um crime para assegurar a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro. Neste caso, o homicídio é cometido para buscar garantir que outro delito não seja descoberto, seu autor fique impune ou o produto conseguido reste mantido. Cha-

ma-se de conexão teleológica a utilização de um crime como meio para garantir a execução de outro. É o caso de se cometer homicídio para atingir a consumação de delito posterior ou em desenvolvimento. São as hipóteses deste inciso. Finalmente, a denominada conexão ocasional é a prática de um crime no mesmo cenário em que se comete outro. Trata-se de simples concurso material, não envolvendo, pois, esta qualificadora. É o que ocorre se alguém, após matar o desafeto, resolve levar-lhe os bens. Sobre o tema, conferir as notas ao art. 76 do nosso *Código de Processo Penal comentado*.

38-A. AIDS e homicídio: a síndrome da imunodeficiência adquirida ainda é considerada pela medicina uma doença fatal, embora, atualmente, venha sendo controlada com coquetéis cada vez mais fortes de remédios. Portanto, caso o agente tenha relação sexual com alguém, sabendo-se contaminado e fazendo-o sem qualquer proteção, tendo a intenção de transmitir a moléstia ou assumindo o risco de assim causar, deve responder por homicídio consumado – em caso de morte do contaminado – ou por tentativa de homicídio – caso a morte não ocorra. O mesmo se dá quando o portador do vírus da AIDS atira sangue em outras pessoas com o propósito de contaminá-las. Ver também a nota 16 ao art. 130 e a nota 24 ao art. 131. Possui opinião diversa, no entanto, Juarez Tavares, defendendo que, em relação sexual praticada sem proteção, “há efetiva ou séria probabilidade de contaminação e, como a infecção não depende da atividade do agente transmissor, mas do mero acaso, há aqui dolo eventual. Uma outra questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação

e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio” (*Teoria do injusto penal*, p. 289-290). Divergimos desse posicionamento, pois não se trata de mera doença crônica (doença de longa duração ou persistente), mas de enfermidade letal, para a qual não existe, ainda, solução. O conceito de “enfermidade incurável”, previsto no art. 129, § 2.º, II, deve ser analisado sob o prisma da enfermidade que aborrecerá o doente de modo indefinido, mas sem a perspectiva certa de morte.

39. Conceito de homicídio culposo: trata-se da figura típica do *caput* (“matar alguém”), embora com outro elemento subjetivo: culpa. É um tipo aberto, que depende, pois, da interpretação do juiz para poder ser aplicado. A culpa, conforme o art. 18, II, do Código Penal, é constituída de “imprudência, negligência ou imperícia”. Portanto, matar alguém por imprudência, negligência ou imperícia concretiza o tipo penal incriminador do *homicídio culposo*.

40. Homicídio culposo no trânsito: não mais se aplica o tipo penal do § 3.º do art. 121 ao homicídio cometido na direção de veículo automotor, pois o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), no art. 302, estipulou um tipo incriminador específico.

41. Inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício: trata-se de uma desacertada causa de aumento de pena prevista para o homicídio culposo, pois confunde-se, nitidamente, com a imperícia (e até com algumas formas de imprudência e negligência). Considerando-se que a imperícia é a imprudência ou negligência no campo técnico, a doutrina tem buscado

fórmulas para tornar compatível o aumento com o homicídio culposo cometido na modalidade de *imperícia*. Esclarece Nelson Hungria que as causas de aumento do art. 121, § 4.º, voltam-se primordialmente, na visão do legislador, para os delitos de trânsito – na época, não previstos em lei especial –, de modo que o motorista, causando um acidente fatal por excesso de velocidade, estaria, ao mesmo tempo, demonstrando a sua imprudência por correr demais, sem conseguir controlar o veículo (falta do dever de cuidado objetivo), e incidindo na causa de aumento, pois existe a regra técnica, quanto à velocidade, determinando que haja respeito ao limite estabelecido em normas de trânsito (*Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 190). O mesmo autor, buscando estabelecer uma diferença entre imperícia e inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, menciona que na imperícia o agente não tem conhecimentos técnicos, enquanto na agravante ele os possui, mas deixa de empregá-los, por indiferença ou leviandade (ob. cit., p. 192). A quase totalidade da doutrina reproduz fielmente essa distinção. Entretanto, os exemplos convincentes são escassos, para não dizer inexistentes. Flávio Augusto Monteiro de Barros narra o seguinte: “Se o médico especialista em cirurgia cardíaca, por descuido, corta um nervo do paciente, causando-lhe a morte, está configurada a agravante, pois ele tinha o conhecimento técnico, mas não o observou. Entretanto, se a cirurgia fosse feita por um médico não especialista, sem a necessária habilidade, que cortasse o mesmo nervo, teríamos uma simples imperícia” (*Crimes contra a pessoa*, p. 40). Ora, não se pode aceitar tal postura, pois o desvalor da conduta do primeiro médico é muito menor do que a do segundo, mas a penalidade do primeiro torna-se maior, além do que o fato de ter “cortado o nervo por descuido”, antes de se constituir em

causa de aumento, serve para configurar a culpa (não fosse assim, qual teria sido a imprudência, negligência ou imperícia do médico?). O médico especialista que cortou um nervo, *por descuido*, mas tinha condições técnicas de realizar a cirurgia recebe uma pena aumentada em um terço, enquanto o outro médico aventureiro e inexperiente, porque não habilitado para proceder à intervenção cirúrgica no coração, recebe a pena do homicídio culposo sem qualquer aumento. A situação não se coaduna com o fundamento da lei, pois o primeiro médico, ao se descuidar de modo a configurar *erro grosseiro* (e não um simples erro médico, que não é punido penalmente), demonstrou sua imperícia, justamente por não observar o que a regra de sua profissão demandava. O outro profissional, por sua vez, também foi imperito, porque lançou-se a uma cirurgia para a qual não estava preparado, o que também configura o *erro grosseiro* e tipifica a culpa, na modalidade imperícia. Buscando exemplo para a causa de aumento, Mirabete menciona o médico que não esteriliza os instrumentos que vai utilizar na cirurgia ou o motorista que dirige com apenas uma das mãos (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 62). Mas tais situações, em nosso entender, são o fulcro da caracterização da culpa, vale dizer, constituem infrações ao dever de cuidado objetivo, não podendo, novamente, ser consideradas para agravar a pena. Seria o inconveniente *bis in idem*. Se o médico não esterilizou os instrumentos e isso causou a morte do paciente, trata-se do núcleo da culpa. Se o motorista dirigia com uma das mãos e, por conta disso, atropelou e matou o pedestre, também é esse o centro da culpa. Assim, não há aplicabilidade para a causa de aumento. Somos levados a crer, como explica Hungria no início de sua exposição acerca das circunstâncias do § 4.º do art. 121, que o legislador pretendia impingir o aumento para o motorista amador que,

agindo com imprudência, atropelasse e matasse alguém. Além do que fez, poderia ter deixado de observar alguma regra prevista no Código de Trânsito, o que lhe provocaria o aumento da pena. Essa agravação, no entanto, decorreria de uma responsabilidade objetiva inaceitável, pois inconsistente. O simples fato de não se cumprir regra técnica de profissão, arte ou ofício não deve levar a uma presunção de culpa – como, aliás, é a posição majoritária atualmente –, de modo que também não deve servir para aumentar a pena. Tanto é realidade ser essa agravação um estorvo que há muitas decisões que não a aplicam (nesse prisma, ver as decisões coletadas por Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1.613), além de não ter sido novamente prevista no atual Código de Trânsito Brasileiro, bem como ter sido extirpada do anteprojeto de Código Penal, que está em estudos atualmente (Portaria 232/98 do Ministério da Justiça, publicada no *Diário Oficial do Estado*, Seção 1, p. 1, 25.03.1998). Cremos, pois, ser inaplicável tal causa de aumento.

42. Omissão de socorro: na esteira do já aventado na nota anterior, convém mencionar que o intuito das causas de aumento previstas neste parágrafo era cuidar, com maior rigor, dos crimes de trânsito. Note-se o disposto na Exposição de Motivos: “Com estes dispositivos, o projeto visa, principalmente, a *condução de automóveis*, que constitui, na atualidade, devido a um generalizado descaso pelas cautelas técnicas (notadamente quanto à velocidade), uma causa freqüente de eventos lesivos contra a pessoa, agravando-se o mal com o procedimento *post factum* dos motoristas, que, tão-somente com o fim egoístico de escapar à prisão em flagrante ou à ação da justiça penal, sistematicamente imprimem maior velocidade ao veículo, desinteressando-se

por completo da vítima, ainda quando um socorro imediato talvez pudesse evitar-lhe a morte”. Embora a meta tenha sido uma maior punição ao autor de crimes de trânsito – e de fato essa tenha sido a mais ampla aplicação do dispositivo –, atualmente está em vigor o Código de Trânsito Brasileiro, que regula por completo os delitos cometidos no contexto da via pública, de modo que não mais tem aplicação o homicídio culposo e suas causas de aumento para essa modalidade de crime. Quanto à omissão de socorro no homicídio culposo, trata-se, na Lei 9.503/97, de causa de aumento que varia de 1/3 até a metade, mencionando-se: “deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente” (art. 302, parágrafo único, III). Portanto, ainda que continue em vigor o disposto no § 4.º do art. 121 para outras hipóteses de homicídio culposo, o fato é que a prestação de socorro não deve ser exigida caso o agente corra risco pessoal, o que, em regra, ocorre quando é ameaçado por populares de linchamento. Assim, exemplificando, se um pedreiro derruba, imprudentemente, de uma obra um saco de cimento que atinge – e mata – um passante, revoltando as pessoas que estão por perto, pode não socorrer o ofendido, caso se sinta ameaçado pela multidão. Por outro lado, esta causa de aumento não se confunde com a omissão de socorro, pois nesta o agente não causou o ferimento que atingiu a vítima. O elemento subjetivo da causa de aumento é o dolo de perigo. Sobre o tema, conferir: STF: “Não se presta à exclusão da circunstância especial de aumento de pena, no homicídio culposo, a alegação de que as lesões causaram a morte imediata da vítima. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia afastar da condenação do paciente a aplicação do § 4.º do art. 121 do CP (...), tendo em vista a morte instantânea da vítima. Conside-

rou-se que o acusado tinha condições de promover ou auxiliar no socorro da vítima, o que não fizera. Salientou-se, ainda, que não cabia a ele proceder à avaliação quanto a eventual ausência de utilidade do socorro, e que tal interpretação acabaria por esvaziar o sentido da referida regra, no que toca à reprovação da omissão do agente. Vencido o Ministro Celso de Mello, que deferia o *writ* por entender inaplicável a causa de aumento de pena no caso concreto, e, conseqüentemente, declarava a extinção de punibilidade do paciente” (HC 84.380-MG, 2.ª T., rel. Gilmar Mendes, 05.04.2005, m. v., *Informativo* 382).

43. Socorro prestado por terceiros: há divergência jurisprudencial quanto à aplicação da causa de aumento se terceiros socorrem a vítima. cremos que o meio-termo é a posição ideal. Se terceiros, concomitantemente ao desejo do autor do fato, prestam socorro ao ofendido, torna-se surrealista a hipótese de haver disputa pela vítima. Portanto, havendo consenso de que o socorro será prestado por quem está mais bem preparado a tanto, ainda que não seja o agente, é natural que ele não deva responder pela causa de aumento. Entretanto, se o agente deixa de fazer a sua obrigação, que é socorrer a pessoa que feriu, obrigando que terceiros o façam sob pena de não existir socorro, deve ele responder pelo aumento. Havendo morte instantânea da vítima, não há que se falar em prestação de socorro; portanto, não incide a causa de aumento. Nesse ponto andou mal o Código de Trânsito Brasileiro, ao estabelecer, no art. 304 (omissão de socorro) que o agente responde pela omissão ainda que a *vítima tenha morte instantânea*. Como prestar socorro a quem já morreu? Trata-se de hipótese de crime impossível.

43-A. A questão relativa à morte instantânea da vítima: conforme expusemos

na nota anterior, se a pessoa lesada morrer instantaneamente, não há cabimento em aplicar ao réu a causa de aumento relativa à não prestação de socorro, pois seria crime impossível (como socorrer quem já morreu?). Entretanto, em caso de dúvida quanto à morte, deve o agressor socorrer o ofendido, ainda que este já tenha falecido, pois o que importa é a conduta moralmente elevada do agente e não o efetivo resultado, afinal, não se tinha certeza do estado do ferido. Anote-se bem: se a morte é clara, inconteste, desnecessário o socorro. Se a morte é duvidosa, o *dever* do agressor é promover o socorro, sob pena de ser mais severamente apenado. Nesse caminho: STF: “Não se presta à exclusão da circunstância especial de aumento de pena, no homicídio culposo, a alegação de que as lesões causaram a morte imediata da vítima. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia afastar da condenação do paciente a aplicação do § 4.º do art. 121 do CP (‘§ 4.º No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante ...’), tendo em vista a morte instantânea da vítima. Considerou-se que o acusado tinha condições de promover ou auxiliar no socorro da vítima, o que não fizera. Salientou-se, ainda, que não cabia a ele proceder à avaliação quanto a eventual ausência de utilidade do socorro, e que tal interpretação acabaria por esvaziar o sentido da referida regra, no que toca à reprovação da omissão do agente. Vencido o Ministro Celso de Mello, que deferia o *writ* por entender inaplicável a causa de aumento de pena no caso concreto, e, conseqüentemente, declarava a extinção de punibilidade do paciente (HC 84.380-MG,

2.ª T., rel. Gilmar Mendes, 05.04.2005, m. v., *Informativo* 382).

44. É causa de aumento, e não crime qualificado pelo resultado: não se deve considerar as causas de aumento do § 4.º, especialmente no tocante à omissão de socorro à vítima, resultados qualificadores. Trata-se, como já visto, até mesmo pela Exposição de Motivos, de uma conduta *post factum*, tomada pelo autor, que demonstra maior reprovação social ao que realizou, inspirando punição mais severa. Ademais, não se pode *qualificar* o evento maior, isto é, a morte da vítima já foi o máximo que poderia ter ocorrido, de modo que a não prestação de socorro não significa, em hipótese alguma, *resultado mais grave*. O dano foi perpetrado, de modo que o perigo não pode qualificá-lo, o que representaria um autêntico contra-senso. Por outro lado, como é sabido, os crimes qualificados pelo resultado necessitam estar *expressamente* previstos em lei, não os podendo criar o intérprete. Assim, não utilizou o legislador – nem poderia fazê-lo – a expressão usual “do fato resulta...”, pois da morte da vítima não pode mesmo resultar omissão de socorro, nem fuga do local ou qualquer outro tipo de conduta tomada pelo agente.

45. Não procurar diminuir as consequências do seu ato: trata-se de uma seqüência da causa de aumento anterior – deixar de prestar socorro imediato à vítima –, não podendo ser considerada juntamente com aquela, a fim de não haver indevido *bis in idem*. Portanto, caso o agente não possa prestar socorro à vítima, seja porque está ameaçado de linchamento, seja porque não tem recursos (veículo, por exemplo), poderá atenuar as consequências do seu ato buscando auxílio de terceiros ou chamando a polícia ou o médico. Assim agindo, não incidirá na omissão de socorro – porque estava ameaçado por populares – nem tampouco na

causa de aumento subsidiária, que é buscar diminuir a consequência do seu ato.

46. Fuga da prisão em flagrante: trata-se de uma causa de aumento de duvidosa constitucionalidade, pois se obriga que a pessoa, autora de um crime, apresente-se voluntariamente à polícia para ser presa. Ora, se não se exige tal postura do agente de crime doloso, por que haveria de ser exigida do autor de delito culposos, nitidamente mais brando? Ninguém é obrigado a se auto-incriminar, conforme garante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de ser posição predominante na jurisprudência brasileira. Se assim é, não tem sentido exigir-se que o autor de homicídio culposos seja o único criminoso a colaborar, de forma voluntária, com sua própria prisão. A causa de aumento foi idealizada, no entanto, como já vimos, para os crimes de trânsito, que agora têm Código próprio (Lei 9.503/97). Aliás, o crime previsto no art. 305 da referida lei (“Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída”) é inconstitucional (vide a nota 77 ao art. 305 do nosso *Leis penais e processuais penais comentadas*). O Código de Trânsito Brasileiro, no entanto, menciona apenas “fuga à responsabilidade penal ou civil”, e não mais a prisão em flagrante, porque esta, finalmente, foi proibida, caso o agente preste socorro à vítima (art. 301). Aliás, não tinha mesmo sentido exigir que o autor do fato prestasse assistência ao ferido e, ao mesmo tempo, sucumbisse à prisão. Seria exigir-se uma postura sobre-humana, não compatível com o homem comum. Entendemos, pois, que deve ser aplicada, neste caso, uma analogia *in bonam partem*. Assim, caso o autor do homicídio culposos tenha prestado socorro imediato à vítima, não cabe prisão em flagrante, nos moldes apregoados pelo art. 301 do Código de

Trânsito Brasileiro, não mais subsistindo esta causa de aumento do Código Penal.

47. Vítima menor de 14 anos – Crítica: trata-se de causa de aumento que poderia estar mais bem inserida. Está-se tratando do homicídio culposos – tanto nos §§ 3.º e 4.º, quanto no § 5.º –, de modo que esta causa de aumento, aplicável somente ao *homicídio doloso*, está nitidamente deslocada. A despeito disso, poderia o legislador ter avançado no campo de proteção à criança e ao adolescente (como determina a Constituição Federal no art. 227, § 4.º), pois esta qualificadora em sentido amplo foi introduzida pela Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ora, criança, para efeito do Estatuto, é a pessoa que possui até 12 anos incompletos, passando, a partir daí, a ser considerado adolescente, até que atinja 18 anos, de forma que todo homicídio doloso contra menor de 18 anos deveria ser mais gravemente punido. A idade de 14 anos é a posição intermediária no curso da adolescência. Observa-se que o legislador, no Código Penal, elegeu a idade de 14 anos como marco para o consentimento válido para os atos sexuais, tanto assim que *presume* a violência quando um menor de 14 anos tem relações sexuais com outra pessoa (art. 224, *a*, CP), embora tal situação nada tenha a ver com a causa de aumento do homicídio doloso. Não se está no contexto dos crimes contra os costumes, mas dos delitos contra a vida. Portanto, se o legislador, ao introduzir esta nova causa de aumento, tinha por fim punir mais severamente os crimes contra adolescentes – especialmente os lamentáveis extermínios de meninos de rua que o País tem oportunidade de acompanhar –, deveria tê-lo feito com a amplitude merecida, vale dizer, deveria ter estendido a maior proteção aos menores de 18 anos. Entretanto, se o objetivo era conferir maior punição somente àqueles que matassem crianças, o melhor

seria eleger os menores de 12 anos. A idade de 14, como bem demonstra a Exposição de Motivos, foi uma alteração introduzida em 1940 (a idade limite, antes, era 16 anos), para acompanhar a tendência hodierna (àquela época) de maior compreensão, para os atos sexuais, que os maiores de 14 anos possuem. E diz: “Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. (...) Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”. Assim, a idade de 14 anos tem relação, no Código Penal, com a possibilidade de a pessoa poder consentir, validamente, para um ato sexual (vide arts. 215, 216, 218 e 227, do Código Penal, sempre levando em conta esse parâmetro). Portanto, matar um menor com 14 anos é homicídio simples, embora matar outro, com 13, seja homicídio com pena aumentada em 1/3. Cremos que tal postura deveria ser alterada, pois se está usando parâmetro indevido para a causa de aumento.

47-A. Vítima maior de 60 anos: trata-se de introdução proporcionada pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), voltada à maior punição do agente que mata, dolosamente, a pessoa maior de 60 anos. Attingindo a fase da plena maturidade, ao invés de obter carinho e proteção, termina sendo vítima de crime grave, fazendo transparecer a maior reprovação que o autor do delito merece. Registre-se o disposto no art. 2.º do Estatuto: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e

facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Parece-nos correta a causa de aumento, embora irregular a sua localização (vide crítica feita na nota anterior), pois no contexto do homicídio culposos.

48. Elemento subjetivo: é preciso que o conhecimento do agente envolva esta causa de aumento, que não pode ser de aplicação automática e cega. Se o autor imagina estar matando pessoa com 16 anos, diante da sua compleição física avantajada, não deve responder com pena agravada. Abrange, no entanto, todas as formas do homicídio doloso (simples, privilegiado e qualificado).

49. Perdão judicial: é a clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em lei. Esta é uma das situações que autoriza a concessão do perdão. Somente ao autor de homicídio culposos – anotando-se que a introdução do perdão nesse contexto deveu-se aos crimes de trânsito –, com inspiração no Código Penal alemão, pode-se aplicar a clemência, desde que ele tenha sofrido com o crime praticado uma consequência tão séria e grave que a sanção penal se torne desnecessária. Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou. Ex.: o pai que provoca a morte do próprio filho, num acidente fruto de sua imprudência, já teve punição mais do que severa. A dor por ele experimentada é mais forte do que qualquer pena que se lhe pudesse aplicar. Por isso, surge a hipótese do perdão. O crime existiu, mas a punibilidade é afastada.

50. Faculdade ou obrigação do juiz: mais uma vez, a questão da utilização do verbo “poder”. Cremos que, uma vez presentes todos os requisitos previstos em lei, não cabe ao magistrado negar o benefício. A lei não lhe conferiu poderes despóticos, mas sim livre convencimento. Portanto, apenas se não estiver convicto de que é uma situação concreta compatível com o perdão pode negá-lo, desde que o faça de modo fundamentado.

51. Atingir o próprio agente: podem as consequências do delito alcançar o autor do fato pessoal ou indiretamente, embora gerando sempre uma dor, física ou moral. A lei foi vaga nesse ponto, de forma que o juiz deve interpretar o dispositivo com visão altruísta. O agente que se torna paraplégico por conta de um acidente que provocou, terminando na morte de outra pessoa, já está punido, não merecendo ser sancionado pelo Estado. Por outro lado, como já expusemos, o pai, que dá causa à morte do filho, a despeito de não sofrer uma dor pessoal e física, padece de uma aflição moral insuperável. Merece o mesmo benefício.

52. Pessoas que podem ser atingidas, além do agente: não se deve, nesse ponto, estabelecer uma relação fixa, pois o importante é levar em consideração a dor provocada no agente do fato danoso. Todas as pessoas próximas e intimamente ligadas ao autor, que sofram consequências graves em face de sua imprudência, podem servir de causa para a aplicação do perdão judicial.

53. Gravidade das consequências: deve ser apurada no caso concreto, sem qualquer fórmula restritiva. Em regra, a lesão corporal leve em parente do autor do fato não chega a ser suficiente para a aplicação do perdão, por não configurar situação de nítida gravidade. Mas, o caso concreto pode desmentir a teoria. Imagine-se a esposa de

um indivíduo que conduz uma lancha com imprudência, provocando um acidente. Embora a moça sofra apenas lesões leves no rosto, é ela atriz ou modelo, e tal situação lhe retira a oportunidade de permanecer na carreira, ainda que temporariamente, mas o suficiente para interromper a sua escalada. O sofrimento do autor pode ser imenso, diante do desgaste que sua relação pode sofrer e da gravidade que a situação concreta causou. Não se inclui nesse contexto, certamente, o mero arrependimento do agente pela conduta desastrada cometida. Em se tratando, no entanto, de um benefício ao réu, cabe à defesa demonstrar, conforme o caso, o sofrimento do acusado para que o juiz possa atestar a ocasião propícia de conceder o perdão.

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio⁵⁴

Art. 122. Induzir⁵⁵⁻⁵⁷ ou instigar⁵⁸ alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio⁵⁹⁻⁶⁰ para que o faça.⁶¹⁻⁶³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Parágrafo único. A pena é duplicada:

Aumento de pena

I – se o crime é praticado por motivo egoístico;⁶⁴

II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.⁶⁵

54. Conceito de suicídio: é a morte voluntária, que, segundo Durkheim, “resulta, direta ou indiretamente, de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima, a qual sabia dever produzir este resultado”, chamando-se, ainda, autocí-

dio e autoquiria (Odon Ramos Maranhão, *Curso básico de medicina legal*, p. 222). No Brasil, não se pune o autor da tentativa de suicídio, por motivos humanitários: afinal, quem atentou contra a própria vida, por conta de comoção social, religiosa ou política, estado de miserabilidade, desagregação familiar, doenças graves, causas tóxicas, efeitos neurológicos, infecciosos ou psíquicos e até por conta de senilidade ou imaturidade, não merece punição, mas compaixão, amparo e atendimento médico. Pune-se, entretanto, aquele que levou outra pessoa ao suicídio, ainda que nada tenha feito para que o resultado se desse, tendo em vista ser a vida um bem indisponível, que o Estado precisa garantir, ainda que contra a vontade do seu titular. De outra parte, fica nítido que o suicídio é ato ilícito – embora não seja penalmente punido, até mesmo porque, quando se consuma, não teria sentido algum aplicar sanção à família – quando se vê, no art. 146, § 3.º, II, do Código Penal, não ser típica a “coação exercida para impedir suicídio”.

55. Induzimento: induzir significa dar a idéia a quem não possui, inspirar, incutir. Portanto, nessa primeira conduta, o agente sugere ao suicida que dê fim à sua vida.

56. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa. No caso do sujeito passivo, é preciso ter um mínimo de discernimento ou resistência, pois, do contrário, trata-se de homicídio. O agente que, valendo-se da insanidade da vítima, convence-a a se matar, incide no art. 121 e não nesta figura.

57. Elemento subjetivo: dolo, não se admitindo a forma culposa. Por outro lado, o agente que, brincando, sugere à vítima que se mate não pode ser punido. Trata-se, neste caso, de verdadeira aberração, como ensina Paulo José da Costa Júnior (*Comentários ao Código Penal*, p. 377).

58. Instigação: instigar é fomentar uma idéia já existente. Trata-se, pois, do agente que estimula a idéia suicida que alguém anda manifestando.

59. Auxílio: trata-se da forma mais concreta e ativa de agir, pois significa dar apoio material ao ato suicida. Ex.: o agente fornece a arma utilizada pela pessoa que se mata. Nesse caso, deve dizer respeito a um apoio meramente secundário, não podendo, jamais, o autor, a pretexto de “auxiliar” o suicida, tomar parte ativa na ação de tirar a vida, tal como aconteceria se alguém apertasse o gatilho da arma já apontada para a cabeça pelo próprio suicida. Responde, nesta hipótese, por homicídio.

60. Auxílio por omissão: trata-se de questão controversa na doutrina e na jurisprudência, havendo duas correntes: a) *não se admite*: pois a expressão contida no tipo penal menciona “prestar auxílio”, implicando em ação. Assim posicionam-se Frederico Marques, Bento de Faria, Roberto Lyra, Euclides Custódio da Silveira, Paulo José da Costa, Damásio de Jesus, entre outros; b) *admite-se*: desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. É o que pregam Magalhães Noronha, Nelson Hungria, Ari de Azevedo Franco, Mirabete, entre outros. Preferimos esta última posição, pois o fato de o verbo do tipo ser comissivo não significa, necessariamente, estar afastada a hipótese do crime comissivo por omissão. Ora, todas as hipóteses da omissão penalmente relevante (art. 13, § 2.º, CP) demonstram que há delitos comissivos (matar, subtrair, constranger etc.) que possibilitam a punição por omissão, desde que haja o dever de impedir o resultado típico. Ex.: o pai que, sabendo da intenção suicida do filho menor, sob poder familiar, nada faz para impedir o resultado e a enfermeira que, tomando conhecimento da intenção suicida do paciente, ignora-a por

completo, podem responder pela figura do auxílio, por omissão, ao suicídio.

61. Objetos jurídico e material: o primeiro é a vida; o segundo, a pessoa contra a qual se volta a conduta do agente.

62. Classificação do crime: trata-se de delito comum (praticável por qualquer pessoa), material (que exige resultado naturalístico), instantâneo (cuja consumação não se arrasta no tempo), comissivo (de ação), de dano (que se consuma com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado), unissubjetivo (que pode ser cometido por uma só pessoa), de forma livre (a lei não exige forma especial para o cometimento) e plurissubsistente (em regra, praticado por mais de um ato). Além disso, é crime condicionado, que não admite tentativa. Para a perfeita configuração do tipo, provocando a punição do agente, exige-se a ocorrência de uma condição, que é a morte da vítima ou a existência de lesões corporais de natureza grave. Assim, caso o agente induza o ofendido a matar-se, mas este, tentando, sofre apenas lesões leves, não há delito. A condição exigida no preceito secundário, para a configuração do delito (morte ou lesão grave), para nós, é autêntica condição objetiva de punibilidade. No mesmo prisma: Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, p. 199-204.

63. Pacto de morte: é possível que duas ou mais pessoas promovam um pacto de morte, deliberando morrer ao mesmo tempo. Várias hipóteses podem se dar: a) se cada uma delas ingerir veneno, de per si, por exemplo, aquela que sobreviver responderá por participação em suicídio, tendo por sujeito passivo a outra (ou as outras, que morreram); b) caso uma ministre o veneno para as demais, se sobreviver, responderá por homicídio consumado de todos os que morreram (e tentativa de homicídio, com

relação aos que sobreviverem), tendo em vista que o delito previsto no art. 122 não admite qualquer tipo de ato executório, com relação a terceiros; c) na hipótese de cada pessoa administrar veneno à outra ("A" dá veneno a "B", que fornece a "C", que o ministra a "D" etc.), todas sobrevivendo. Responderá cada uma por tentativa de homicídio, tendo como sujeito passivo a pessoa a quem deu o tóxico; d) se cada pessoa ingerir, sozinha, o veneno, todas sobrevivendo, com lesões leves ou sem qualquer lesão, o fato é atípico, pois o crime do art. 122 é condicionado à ocorrência de lesões graves ou morte; e) na hipótese de uma pessoa administrar veneno à outra, ao mesmo tempo em que recebe a peçonha desta, aquele que sobreviver responderá por homicídio consumado; se ambos sobreviverem, configurará tentativa de homicídio para as duas, como na alternativa "c"; f) caso quatro pessoas contratem um médico para lhes ministrar o veneno, tendo por resultado a morte de duas pessoas e a sobrevivência de outras duas. Estas, que ficaram vivas, sem lesões graves, responderão por participação em suicídio, tendo por sujeitos passivos as que morreram. O médico, por sua vez, responderá por dois homicídios consumados e duas tentativas de homicídio. Adaptando-se o pacto de morte à roleta russa (passar um revólver entre vários presentes, contendo uma só bala no tambor, que é girado aleatoriamente, para que a arma seja apontada por cada um na direção de seu corpo), dá-se o mesmo. Quem sobreviver, responde por participação em suicídio, tendo por vítima aquele que morreu. Finalmente, acrescente-se a hipótese, no contexto da roleta russa, do participante que der um tiro em si mesmo, sofrendo lesões graves, no entanto sobrevivendo. Ele não deve ser penalmente responsabilizado, pois o direito brasileiro não pune a autolesão. Os outros, sem dúvida, responderão por participação em suicídio.

64. Motivo egoístico: trata-se do excessivo apego a si mesmo, o que evidencia o desprezo pela vida alheia, desde que algum benefício concreto advenha ao agente. Logicamente, merece maior punição. Exemplos típicos: induzir alguém a se matar para ficar com a herança ou para receber valor de seguro.

65. Vítima menor ou com resistência diminuída: a resistência diminuída configura-se por fases críticas de doenças graves (físicas ou mentais), abalos psicológicos, senilidade, infantilidade ou ainda pela ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos. Tem essa pessoa menor condição de resistir à idéia do suicídio que lhe foi passada, diante da particular condição que experimenta ou da situação que está vivenciando. No tocante ao menor, deve-se entender a pessoa entre 14 e 18 anos, porque o menor de 14 anos, se não tem capacidade nem mesmo para consentir num ato sexual, certamente não a terá para a eliminação da própria vida. Por fim, é de se ressaltar que o suicida com resistência nula – pelos abalos ou situações supramencionadas, incluindo-se a idade inferior a 14 anos – é vítima de homicídio, e não de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.

Infanticídio⁶⁶⁻⁶⁷

Art. 123. Matar,⁶⁸⁻⁷⁰ sob a influência do estado puerperal,⁷¹ o próprio filho, durante o parto ou logo após:⁷²⁻⁷⁴

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

66. Conceito de infanticídio: trata-se do homicídio cometido pela mãe contra seu filho, nascente ou recém-nascido, sob a influência do estado puerperal. É uma hipótese de homicídio privilegiado em que, por circunstâncias particulares e especiais,

houve por bem o legislador conferir tratamento mais brando à autora do delito, diminuindo a faixa de fixação da pena (mínimo e máximo). Embora formalmente tenha o legislador eleito a figura do infanticídio como crime autônomo, na essência não possa de um homicídio privilegiado, como já observamos. “Na antiguidade, matava-se os bebês recém-nascidos quando escasseavam alimentos, ou quando eram oferecidos em cerimônias religiosas. Tampouco era delito matá-los quando eram disformes ou tivessem um defeito físico tão grave que evidenciava sua futura inaptidão para a guerra (cf. Ricardo Levene, *El delito de homicidio*, p. 263). Ensina Maia Gonçalves que “no primitivo direito romano somente a mãe era incriminada. O pai, em virtude do *jus vitae ac necis* sobre os filhos, não cometia qualquer crime se matasse o filho acabado de nascer. Este poder, afirma Mommsen (*Direito penal romano*, trad. espanhola, v. 2, p. 97), estava compreendido no direito de propriedade, pelo que já na República se punia como homicídio a morte do filho realizada secreta ou aleivosamente. Foi no tempo de Constantino que o infanticídio praticado pelo pai começou a ser punido, o que foi reafirmado sob o império de Justiniano, cominando-se então pesadas penas para este crime, tradição que se manteve por influência da Igreja. Até ao início do século XIX, punia-se severamente em toda a Europa este crime. Beccaria e outros autores protestaram contra tal dureza, em atenção à mãe que, para ocultar a desonra, matava o filho no ato do nascimento, e daí o preceito do parágrafo único do art. 356.º do Código de 1886 e os preceitos paralelos de diversos códigos da Europa e da América” (*Código Penal português anotado*, p. 466). Quando o infanticídio passou a receber tratamento privilegiado, levava-se em conta, primordialmente, a intenção da mãe de ocultar a própria desonra, tanto assim que

o Código Penal de Portugal, no tipo penal do infanticídio – até 1995 –, incluía a finalidade específica “para ocultar a desonra”, o que foi abolido na atual descrição típica. E o Código Penal brasileiro de 1890, que precedeu o de 1940, previa pena privilegiada para a mãe que matasse o filho recém-nascido “para ocultar desonra própria” (art. 298, parágrafo único). Por outro lado, o Código Penal italiano prevê o infanticídio na hipótese de a mãe matar o filho durante ou após o parto, caso tenha sido abandonada material ou moralmente (art. 578). A figura típica do Código Penal brasileiro atual (art. 123) não exige nenhum fim especial para beneficiar a mãe com o delito privilegiado, bastando que ela esteja envolvida pelo estado puerperal. Aliás, concordando com a inexistência de benefício para o motivo relativo à honra, diz Alfredo Farhat o seguinte: “Custa-nos aceitar, na generalidade dos casos, apesar de o momento puerperal acarretar excitações anormais, cuja graduação se pode medir, que variam de indivíduo para indivíduo, que não obedecem a um estalão certo, que, mais forte do que a sensação de ver, em forma humana, nova e diversa o próprio sangue e a própria carne, seja a vontade de não perder um conceito social, que se baseia numa convenção; que seja mais forte o egoísmo do que a maternidade” (*Do Infanticídio*, p. 146).

67. Distinção entre infanticídio e aborto: menciona a lei penal que o infanticídio pode ter lugar *durante* o parto ou logo após. Nesta última hipótese, não há dúvida: inexistente aborto. Entretanto, o problema mais sensível é descortinar o momento exato em que a criança deixa de ser considerada *feto* para ser tratada como *nascente*. Como vimos em nota anterior, o início do parto dá-se com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino), pois a partir daí o feto se torna acessível às ações violentas

(por instrumentos ou pela própria mão do agente). Assim, iniciado o parto, torna-se o ser vivo sujeito ao crime de infanticídio. Antes, é hipótese de aborto.

68. Análise do núcleo do tipo: observe-se que o verbo “matar” é o mesmo do homicídio, razão pela qual a única diferença entre o crime de infanticídio e o homicídio é a especial situação em que se encontra o agente. Matar significa eliminar a vida de outro ser humano, de modo que é preciso que o nascente esteja vivo no momento em que é agredido. Trata-se de crime punido somente na forma dolosa. “Os meios mais comuns, segundo Souza Lima, são os traumatismo da cabeça e asfixia, com particularidade, e a sufocação e estrangulação. Flaminio Fávero divide as causas de morte em causas por *energias mecânicas*, *energias físicas* e *ações físico-químicas*. No primeiro grupo estão compreendidas as contusões de toda a espécie, figurando como principal a fratura do crânio, sendo de mencionar também as feridas incisivas por instrumentos cortantes e as lesões por instrumentos perfurantes, como agulhas, por exemplo, e perfuro-cortantes. Entre as energias físicas avultam as queimaduras” (cf. Alfredo Farhat, *Do infanticídio*, p. 105).

69. Sujeitos ativo e passivo: autora do delito só pode ser a mãe, enquanto a vítima é o ser nascente ou recém-nascido.

69-A. Elementos subjetivo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

70. Objetos jurídico e material: o objeto jurídico protegido é a vida humana, enquanto o material é a criança, que sofre a agressão.

71. Estado puerperal: é o estado que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Há profundas

alterações psíquicas e físicas, que chegam a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo. É uma hipótese de semi-imputabilidade que foi tratada pelo legislador com a criação de um tipo especial. O puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez. Como toda mãe passa pelo estado puerperal – algumas com graves perturbações e outras com menos –, é desnecessária a perícia.

72. Circunstância de tempo: o infanticídio exige que a agressão seja cometida *durante* o parto ou *logo após*, embora sem fixar um período preciso para tal ocorrer. Deve-se, pois, interpretar a expressão “logo após” com o caráter de imediatidade, pois, do contrário, poderão existir abusos. Enquanto o Código Penal italiano (art. 578) vale-se da expressão “imediatamente” após o parto – firmando o entendimento de uma situação instantânea –, o Código Penal chileno prefere estabelecer o período de 48 horas (art. 394). Embora grande parte da doutrina pátria prefira deixar ao caso concreto a análise do período máximo possível para configurar o infanticídio, afirmando apenas ser o tempo necessário para que a mãe entre na fase da *bonança* e da quietação, tornando-se a afirmar o seu instinto maternal (por todos, Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 265), cremos de curial importância um ponto: o estado puerperal não se confunde com as *psicoses puerperais*, que se apresentam dias após o parto. Estas, se presentes, devem ser encaixadas no contexto da inimputabilidade ou semi-imputabilidade (art. 26, CP). Em síntese: levamos em consideração que a expressão “logo após” encerra imediatidade, mas pode ser interpretada em consonância com a “influência do estado puerperal”, embora sem exageros e sem a presunção de que uma mãe, por trazer consigo inafastável instinto materno, ao matar o filho estaria

ainda, mesmo que muitos dias depois do parto, cometendo um infanticídio. O correto é presumir o estado puerperal quando o delito é cometido imediatamente após o parto, em que pese poder haver prova em contrário, produzida pela acusação. Após o parto ter-se consumado, no entanto, a presunção vai desaparecendo e o correr dos dias inverte a situação, obrigando a defesa a demonstrar, pelos meios de prova admitidos (perícia ou testemunhas), que o puerpério, excepcionalmente, naquela mãe persistiu, levando-a a matar o próprio filho. E finalmente: é imprescindível detectar se não se trata de uma psicose puerperal, dando margem à aplicação do art. 26 do Código Penal. Vale ressaltar a crítica formulada por Alfredo Farhat, em relação ao tipo penal do art. 123, que cuida do infanticídio: “Em resumo, a verdade é que o artigo é confuso e restringe a sua interpretação a motivos psico-patológicos de difícil ocorrência, criando embaraços reais para a aplicação da lei, gerando obrigações periciais e fazendo-se um verdadeiro ninho de exceções, se considerarmos o pensamento clínico unânime sobre as psicoses, distúrbios mentais ou loucura puerperal” (*Do infanticídio*, p. 130).

73. Classificação do crime: é delito próprio (só pode ser cometido por agente especial, no caso a mãe); instantâneo (a consumação não se prolonga no tempo); comissivo (exige ação); material (que se configura com o resultado previsto no tipo, a morte do filho); de dano (o bem jurídico precisa ser efetivamente lesado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); progressivo (passa, necessariamente, por uma lesão corporal); plurissubsistente (vários atos integram a conduta); de forma livre (não se encontra no tipo a descrição da conduta que determina o resultado); admite tentativa. Aliás, vários casos de agressões

contra recém-nascidos terminam não se consumando, pois “um fato curioso e digno de nota é que o recém-nascido tem menor necessidade de oxigênio e, em razão disso, resiste muito mais à asfixia [meio comum utilizado para a prática de infanticídio], sob qualquer de suas formas” (cf. Alfredo Farhat, *Do infanticídio*, p. 110).

74. Concurso de pessoas: como já expusemos em nota anterior (ver art. 29), tendo o Código Penal adotado a teoria monista, pela qual todos os que colaborarem para o cometimento de um crime incidem nas penas a ele destinadas, no caso presente co-autores e partícipes respondem igualmente por infanticídio. Assim, embora presente a injustiça, que poderia ser corrigida pelo legislador, tanto a mãe que mate o filho sob a influência do estado puerperal, quanto o partícipe que a auxilia, respondem por infanticídio. O mesmo se dá se a mãe auxilia, nesse estado, o terceiro que tira a vida do seu filho e ainda se ambos (mãe e terceiro) matam a criança nascente ou recém-nascida. A doutrina é amplamente predominante nesse sentido (ver a nota 18-A ao art. 30).

Aborto⁷⁵⁻⁷⁶ provocado pela gestante ou com seu consentimento⁷⁷⁻⁷⁸

Art. 124. Provocar⁷⁹⁻⁸⁰ aborto⁸¹ em si mesma⁸² ou consentir que outrem⁸³ lho provoque;⁸⁴⁻⁸⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

75. Conceito de aborto: é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.

76. Formas do aborto: a) *aborto natural*: é a interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime); b) *aborto aci-*

dental: é a cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques (não há crime); c) *aborto criminoso*: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto; d) *aborto permitido ou legal*: é a cessação da gestação, com a morte do feto, admitida por lei. Esta forma divide-se em: d.1) *aborto terapêutico ou necessário*: é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade; d.2) *aborto sentimental ou humanitário*: é a autorização legal para interromper a gravidez quando a mulher foi vítima de estupro. Dentro da proteção à dignidade da pessoa humana em confronto com o direito à vida (nesse caso, do feto), optou o legislador por proteger a dignidade da mãe, que, vítima de um crime hediondo, não quer manter o produto da concepção em seu ventre, o que lhe poderá trazer sérios entraves de ordem psicológica e na sua qualidade de vida futura; e) *aborto eugênico ou eugenésico*: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos. Há controvérsia se há ou não crime nessas hipóteses, como se verá no art. 128; f) *aborto econômico-social*: é a cessação da gestação, causando a morte do feto, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do seu filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estatal. No Brasil, é crime.

77. Sujeitos ativo e passivo: neste caso, o sujeito ativo é a gestante, enquanto o passivo é o feto ou embrião. Secundariamente, é a sociedade, que tem interesse em proteger a vida do ser em formação no útero materno.

78. Objetos jurídico e material: o objeto jurídico protegido é a vida do feto

ou embrião. Primordialmente, o objeto material é o feto ou embrião, que sofre a conduta criminosa, mas também pode ser a gestante, pois seu corpo pode ser agredido para provocar o aborto.

79. Análise do núcleo do tipo: *provocar* significa dar causa ou determinar; *consentir* quer dizer dar aprovação, admitir, tolerar. O objeto das condutas é a cessação da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião.

80. Elemento subjetivo: é o dolo. Não exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

81. Prova do aborto: em regra, faz-se por exame pericial. Excepcionalmente, por exame indireto. Nesse sentido: TJSP: “Aprova da gravidez e de que o aborto foi provocado é assunto médico-legal, normalmente esclarecido no laudo pericial, cuja eventual deficiência não impedirá a pronúncia e até mesmo a condenação do acusado, desde que apoiada noutros elementos persuasivos da materialidade do crime” (HC 280.904-3, Cafelândia, 4.^a C., rel. Haroldo Luz, 27.04.1999, v. u., JUBI 35/99).

82. Exigência da gravidez comprovada: é preciso que a gestação seja, de algum modo, comprovada, pois “provocar” aborto implica em matar o feto ou embrião. Se este não existe ou já estava morto, trata-se de crime impossível.

83. Participação de terceiro: cremos que o delito admite a participação, desde que na forma secundária, consistente em induzimento, instigação ou auxílio. Ex.: aconselhar a gestante a cometer, sozinha, o aborto. Se a pessoa atua diretamente para causar a interrupção da gravidez não é partícipe, mas autora do delito do art. 126.

84. Classificação do crime: trata-se de crime próprio (só a gestante pode come-

ter); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo); comissivo ou omissivo (provocar = ação; consentir = omissão); material (exige resultado naturalístico para sua configuração); de dano (deve haver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a vida do feto ou embrião); unissubjetivo (admite a existência de um só agente), mas na última modalidade (com seu consentimento) é plurissubjetivo, mesmo que existam dois tipos penais autônomos – um para punir a gestante, que é este, e outro para punir o terceiro, que é o do art. 126; plurissubsistente (configura-se por vários atos); de forma livre (a lei não exige conduta específica para o cometimento do aborto); admite tentativa. Pune-se somente a forma dolosa.

85. Hipóteses que afastam a ocorrência de aborto: a) *gravidez molar*: desenvolvimento completamente anormal do ovo. Não há aborto, pois é preciso se tratar de “embrião de vida humana”; b) *gravidez extra-uterina*: trata-se de um estado patológico, onde o embrião não tem condições de se desenvolver, atingindo vida própria de modo normal. Nesse caso, para haver aborto lícito, é necessário que não haja possibilidade médica de intervir para sanar o problema.

Aborto provocado por terceiro⁸⁶⁻⁸⁷

Art. 125. Provocar⁸⁸⁻⁸⁹ aborto, sem o consentimento da gestante.⁹⁰

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

86. Sujeitos ativo e passivo: neste caso, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora o sujeito passivo não seja somente o feto ou embrião, mas também a gestante, pois a agressão foi dirigida contra a sua pessoa, sem o seu consentimento.

Secundariamente, é a sociedade, que tem interesse em proteger a vida do ser em formação no útero materno.

87. Objetos jurídico e material: os objetos jurídicos são a vida do feto ou embrião e a integridade física da gestante; os objetos materiais são igualmente o feto ou embrião e a gestante, que sofreram a conduta criminosa.

88. Análise do núcleo do tipo: ver nota 79 ao art. 124.

89. Elemento subjetivo do tipo: ver nota 80 ao art. 124.

90. Classificação do crime: trata-se de crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo); comissivo (provocar = ação) ou omissivo (quando houver o dever jurídico de impedir o resultado. Ex.: o médico que, contratado para acompanhar uma gestação problemática, não o faz deliberadamente); material (exige resultado naturalístico para sua configuração); de dano (deve haver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a vida do feto ou embrião e a integridade física da mãe); unissubjetivo (admite a existência de um só agente); plurissubstistente (configura-se por vários atos); de forma livre (a lei não exige conduta específica para o cometimento do aborto); admite tentativa.

Art. 126. Provocar⁹¹⁻⁹² aborto⁹³⁻⁹⁴ com o consentimento da gestante.⁹⁵⁻⁹⁶

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental,⁹⁷ ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.⁹⁸

91. Análise do núcleo do tipo: ver nota 79 ao art. 124.

92. Elemento subjetivo do tipo: ver nota 80 ao art. 124.

93. Sujeitos ativo e passivo: ativo é qualquer pessoa; passivo é o feto ou embrião. Secundariamente, é a sociedade, que tem interesse em proteger a vida do ser em formação no útero materno.

94. Objetos jurídico e material: o objeto jurídico é a vida do feto ou embrião; o objeto material é o feto ou embrião, que sofre a conduta criminosa.

95. Análise do tipo: trata-se de uma exceção à teoria monística (todos os co-autores e partícipes respondem pelo mesmo crime quando contribuírem para o mesmo resultado típico). Se existisse somente a figura do art. 124, o terceiro que colaborasse com a gestante para a prática do aborto incidiria naquele tipo penal. Entretanto, o legislador, para punir mais severamente o terceiro que provoca o aborto, criou o art. 126, aplicando a teoria dualista do concurso de pessoas.

96. Classificação do crime: trata-se de crime comum (que pode ser praticado por qualquer pessoa); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo); comissivo (provocar = ação); material (exige resultado naturalístico para sua configuração); de dano (deve haver efetiva lesão ao bem jurídico protegido, no caso, a vida do feto ou embrião); plurissubjetivo (necessita da participação de, pelo menos, duas pessoas, embora, neste caso, existam dois tipos autônomos); plurissubstistente (configura-se por vários atos); de forma livre (a lei não exige conduta específica para o cometimento do aborto); admite tentativa. Pune-se somente a forma dolosa.

97. Dissentimento presumido: quando a vítima não é maior de 14 anos ou é alienada ou débil mental, não possui con-

sentimento válido, levando à consideração de que o aborto deu-se contra a sua vontade. Esse dispositivo é decorrência natural do enfoque que a lei penal concede ao menor de 14 anos (vide a presunção de violência do art. 224, *a*, CP), incapaz de consentir validamente para certos atos.

98. Dissentimento real: quando o agente emprega violência, grave ameaça ou mesmo fraude, é natural supor que extraiu o consentimento da vítima à força, de modo que o aborto necessita encaixar-se na figura do art. 125.

Forma qualificada⁹⁹⁻¹⁰⁰

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.¹⁰¹

99. Aplicação restrita: somente se aplica a figura qualificada às hipóteses dos arts. 125 e 126, pois não se pune a autolesão no direito brasileiro.

100. Hipóteses da figura qualificada:
a) *lesões graves ou morte da gestante e feto expulso vivo:* tentativa de aborto qualificado; b) *aborto feito pela gestante, com lesões graves ou morte, havendo participação de outra pessoa:* esta pode responder por homicídio ou lesão culposa (se previsível o resultado para a gestante) em concurso com auto-aborto, já que não se aplica a figura qualificada à hipótese prevista no art. 124.

101. Crimes qualificados pelo resultado: trata-se de hipótese em que o resultado mais grave qualifica o originalmente desejado. O agente quer matar o feto ou embrião, embora termine causando lesões

graves ou mesmo a morte da gestante. Entendem a doutrina e a jurisprudência majoritárias que as lesões e a morte só podem decorrer de culpa do agente, constituindo, pois, a forma preterdolosa do crime (dolo na conduta antecedente e culpa na subsequente). Entretanto, a despeito disso, não há restrição legal expressa para que o resultado mais grave não possa ser envolvido pelo dolo eventual do agente. Mas, se isso ocorrer, conforme posição predominante, costuma-se dividir a infração em duas distintas (aborto + lesões corporais graves ou aborto + homicídio doloso, conforme o caso). Em suma, em nossa visão, o aborto com morte ou lesão grave para a gestante é um crime qualificado pelo resultado, que pode dar-se com dolo na conduta antecedente (aborto) e dolo eventual ou culpa na consequente (morte ou lesão grave para a gestante). Não se trata, pois, do autêntico crime preterdoloso, aquele que somente admite dolo na conduta antecedente e culpa na consequente. Por tal motivo, cremos possível a configuração da tentativa, isto é, o agente tenta praticar o aborto, não consegue, mas termina causando à gestante lesões graves. É uma tentativa de aborto com lesões graves para a mãe.

Art. 128. Não se pune¹⁰²⁻¹⁰³ o aborto praticado por médico:¹⁰⁴

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;¹⁰⁵

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro¹⁰⁶⁻¹⁰⁷

II – se a gravidez resulta de estupro¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ e o aborto é precedido de consentimento da gestante¹¹⁰ ou, quando incapaz, de seu representante legal.¹¹¹

102. Análise da expressão “não se pune”: há duas posições a respeito: a) *trata-se de um equívoco do legislador*: pois fica parecendo ser uma escusa absolutória. Melhor teria sido dizer “não há crime”; b) *é correta a expressão*: pois está a lei dizendo que não se pune o *aborto*, o que significa que o *fato típico* deixa de ser punível, equivalendo a dizer que não há crime. Preferimos esta última posição. Em qualquer caso, no entanto, trata-se de excludente de ilicitude.

103. Constitucionalidade do dispositivo: como já expusemos na nota de abertura a este capítulo, nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante. Em continuidade a essa idéia, convém mencionar a posição de Alberto Silva Franco, ao dizer não ser inconstitucional o “sistema penal em que a proteção à vida do não-nascido cedesse, ante situações conflitivas, em mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente” (*Aborto por indicação eugênica*, p. 12). Há, no entanto, na doutrina posição contrária sustentando a absoluta impossibilidade de ser legitimado o aborto, pois seria ofensa à cláusula pétrea do art. 5.º, que é o direito à vida (Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, p. 85). Nesse sentido, ainda: “Eis a solução preconizada, tendente a minorar os traumas e impasses daí advindos: ao Estado caberia assumir a criação de quem nenhuma culpa teve de ser assim gerado. Do contrário, seria o caso, por exemplo, de se considerar igualmente lícito o aborto para evitar filhos portadores de doenças hereditárias ou congênitas” (Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 156).

104. Sujeito que pode praticá-lo: entende-se que somente o médico pode providenciar a cessação da gravidez nessas duas hipóteses, sem qualquer possibilidade de utilização da analogia *in bonam partem* para incluir, por exemplo, a enfermeira ou a parteira. A razão disso consiste no fato de o médico ser o único profissional habilitado a decidir, mormente na primeira situação, se a gestante pode ser salva evitando-se o aborto ou não. Quanto ao estupro, é também o médico que pode realizar a interrupção da gravidez com segurança para a gestante. Se a enfermeira ou qualquer outra pessoa assim agir, poderá ser absolvida por estado de necessidade ou até mesmo por inexigibilidade de conduta diversa, conforme o caso.

105. Aborto terapêutico: trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso.

106. Aborto humanitário ou piedoso: em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto ou embrião. São dois valores fundamentais, mas é melhor preservar aquele já existente. Afrânio Peixoto, no entanto, em posição contrária a essa autorização legal, diz: “É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo” (*apud* Frederico Marques, *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 219).

107. Estupro decorrente de violência ficta: a) *autoriza o aborto sentimental*, pois

está claramente prevista a hipótese em lei; b) *não autoriza*, pois é impossível a “morte de um ser humano” em nome de uma ficção. Preferimos a primeira posição, pois em harmonia com o princípio da legalidade.

108. Atentado violento ao pudor: quando a gravidez for decorrência do atentado violento ao pudor, aplica-se esta excludente por analogia *in bonam partem*.

109. Existência de condenação ou processo pelo delito de estupro: prescindível, pois a excludente não exige a condenação do responsável pelo crime que deu origem à autorização legal. O importante é o fato e não o autor do fato. Por isso, basta o registro de um boletim de ocorrência e a apresentação do documento ao médico, que não necessita nem mesmo da autorização judicial.

110. Consentimento da gestante: é imprescindível, pois é ela que pode saber o grau de rejeição à criança que existe em seu coração. Caso decida gerar o ser, permitindo-lhe o nascimento, este é direito seu. Em verdade, terá dado mostra de superior desprendimento e nenhum bem será ainda mais sacrificado, além do trauma que já sofreu em virtude da violência sexual.

111. A questão do aborto eugênico em confronto com a anencefalia: algumas decisões de juízes têm autorizado abortos de fetos ou embriões que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas gestantes, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, por vezes a própria interpretação da norma

penal que protege a “vida humana” e não a falsa existência, pois o feto ou embrião só está “vivo” por conta do organismo materno que o sustenta. A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da gestante, não suportando carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meios, atualmente, de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia ao juiz uma avaliação antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá. Mas não se pode dar margem a abusos, estendendo o conceito de anomalia fatal para abranger fetos ou embriões que irão constituir seres humanos defeituosos ou até monstruosos. Afinal, nessa situação, o direito não autoriza o aborto. Lamentavelmente, tem-se observado que nem todas as decisões autorizadoras do aborto ligam-se ao feto ou embrião plenamente inviável. Algumas, levando em conta o sofrimento dos pais de terem em gestação um feto ou embrião anormal, física ou mentalmente, mas com possibilidade de viver, ainda que com características monstruosas, acabam autorizando o aborto para fazer cessar a angústia dos genitores. Ora, as únicas hipóteses de aborto legal são as previstas no art. 128, e não se pode dizer que interromper a gestação de um ser anômalo irá “salvar a vida da gestante”. Abalos psicológicos não podem ser causa para a interrupção da gestação, mesmo porque a medicina evolui a passos largos dia após dia, o que significa que a perspectiva de vida e de cura pode alterar-se a qualquer instante. A inexigibilidade da conduta diversa é uma causa suprapenal de exclusão da culpabilidade, que admitimos presente em nosso ordenamento, embora, em muitos casos, não estejam presentes os seus requisitos. A disseminar-

mos tal conduta, nada impede, no futuro, que a eugenia – aprimoramento da raça humana – volte a imperar em nossa sociedade, permitindo que pais escolham qual tipo físico de criança desejam, provocando o aborto daquelas que, em padrões questionáveis, sejam “inviáveis”. Ora, se o direito protege, como é doutrina e jurisprudência predominantes, qualquer tipo de pessoa, mesmo a monstruosa (deformada ou de conformação anômala), não se compreende a razão pela qual, em alguns casos, leve-se em conta a possibilidade de a gestante optar pela morte do feto ou embrião, encaixado na mesma situação. Ou seja: fetos ou embriões que se constituirão em seres monstruosos ou de vida relativamente inviável, no futuro, podem ser sacrificados de imediato; recém-nascidos monstruosos, no entanto, não podem. Qual a diferença, se se está protegendo a vida, o mesmo bem jurídico? Note-se a lição da doutrina, na palavra abalizada de Hungria: “É suficiente a vida; não importa o grau da capacidade de viver. Igualmente não importam, para a existência do homicídio, o sexo, a raça, a nacionalidade, a casta, a condição ou valor social da vítima. (...) O próprio *monstro* (abandonada a antiga distinção entre *ostentum* e *monstrum*) tem sua existência protegida pela lei penal” (*Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 37). Idem: Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 18); Frederico Marques (*Tratado de direito penal*, v. 4, p. 104); Mirabete (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 47), entre muitos outros. Não comungamos, pois, com a posição, nesse campo, ostentada por alguns penalistas, que sustentam haver proteção indeclinável ao ser nascido monstruoso, mas concordam com o aborto do feto ou embrião que, diante de anomalias, *irá nascer* monstruoso. Paulo José da Costa Júnior, por exemplo, menciona ser protegida – no campo do homicídio – qualquer vida humana, mesmo

que o “recém-nascido seja um monstro, ou que a pessoa humana esteja desenganada por uma junta médica” (*Comentários ao Código Penal*, p. 358), embora, depois, afirme que andou bem o legislador ao permitir, no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, a possibilidade de abortamento de feto com graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, pois seria inexigível obrigar os pais dessa criança anormal a “cuidarem do excepcional durante toda uma existência” (ob. cit., p. 384). A posição estaria justificada somente porque o feto tem “expectativa de vida” e o neonato já “nasceu vivo”? A monstruosidade pode ser a mesma e o bem jurídico “vida” também o é. Não podemos acolher a tese de que o feto ou embrião, com anomalias, que irá constituir-se em ser vivo monstruoso, ou com curta expectativa de vida, possa ser exterminado, enquanto, se os pais não o fizerem durante a gestação, não mais poderão assim agir quando o mesmo ser monstruoso nascer. Se a vida humana deve ser protegida de qualquer modo, seja de ser monstruoso ou não – com o que concordamos plenamente –, necessita-se estender essa proteção tanto à criança nascida quanto àquela que se encontra em gestação. E diga-se mais: a eventual curta expectativa de vida do futuro recém-nascido também não deve servir de justificativa para o aborto, uma vez que não se aceita, no Brasil, a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado). Entretanto, se os médicos atestarem que o feto ou embrião é verdadeiramente inviável, vale dizer, possui malformação que lhe impedirá a vida fora do útero materno, não se cuida de “vida própria”, mas de um ser que sobrevive à custa do organismo da gestante. Vale destacar a diferença entre malformações leves e graves, nas palavras de

Alfredo Farhat: “É preciso que se distinga, desde logo, que inúmeras malformações, quando de pequeno vulto, são compatíveis com a vida. É o que acontece com o lábio leporino, a goela de lobo, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, inversões viscerais etc. Outras vezes, a monstruosidade é de tal sorte que pode impedir a vida. Registram-se a evisceração do tórax e do abdome, a encefalia [sic], a ausência de cabeça, fusão de membros, duplicidade de cabeça, anomalias de grandes vasos, isso tratando-se de monstros unitários” (*Do infanticídio*, p. 39). No caso do anencéfalo (ausência de calota craniana e parcela do cérebro), uma vez que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica, não há viabilidade para se sustentar a gravidez. Assim, a ausência de abóbada craniana e de hemisférios cerebrais pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado, porém, em características monstruosas do ser em gestação, e sim na sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno. José Aristodemio Pinotti ensina que a “anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais durante o primeiro mês de embriogênese (...) O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames

invasivos, apesar dos níveis de alfa-feto-proteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencéfalos sobrevive no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica (rompimento da membrana amniótica, que aprisiona um membro ou parte do feto), podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico) levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado” (*Anencefalia*, p. 63). Nessa linha: TJSP: “Autorização judicial – Admissibilidade – Feto portador de anencefalia – Anomalia comprovadamente incompatível com a vida extra-uterina – Interrupção da gravidez, na hipótese, que evita, sobremaneira, o sofrimento físico e psicológico – Direito líquido, certo e até natural à medida almejada, que independe de norma jurídica positiva – Segurança concedida” (MS 329.564-3, Osasco, 1.ª C., rel. David Haddad, 20.11.2000, v. u., *JUBI* 54/01). Igualmente: TJSP: MS 418.592-3/4-SP, 5.ª C., rel. Barbosa Pereira, 12.06.2003, v. u. Convém mencionar a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio, em *medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental* 54-8 (DF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, autorizando o aborto de feto anencéfalo: “Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade”. Em síntese: o fato de o feto ser monstruoso, possuir graves anomalias físicas ou mentais, não é,

por si só, motivo para autorizar o aborto, desde que haja viabilidade para a vida extra-uterina, embora possa sê-lo quando a vida for praticamente artificial, sem qualquer possibilidade de se manter a partir do momento em que deixar o ventre da mãe. Para checar: TJSP: “Somente nos casos de risco para a vida da gestante e de gravidez decorrente de estupro é que o legislador permite a interrupção da gravidez, de maneira que em nosso direito positivo não existe a figura do aborto eugenésico” (MS 427.246-3/7, São Caetano do Sul, 1.ª C. Extraordinária, rel. Machado de Andrade, 06.08.2003, v. u., *JUBI* 87/03). Em posição distinta, sustentando a plena viabilidade do aborto eugenésico, de qualquer feto com malformações congênitas ou enfermidades hereditárias, mesmo que tenha vida viável após o nascimento, embora qualitativamente inferior ao do ser humano normal, encontra-se Alberto Silva Franco: “O aborto eugenésico tem, por fundamento, o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano, e não o interesse em assegurar a existência de qualquer um desses seres e em quaisquer condições. O aborto eugenésico traduz-se, como as demais hipóteses do sistema de indicações, em causa excludente de ilicitude” (*Aborto por indicação eugênica*, p. 27).

Capítulo II DAS LESÕES CORPORAIS

Lesão corporal¹⁻²

Art. 129. Ofender³⁻⁵ a integridade corporal ou a saúde de outrem:⁶⁻¹⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Lesão corporal de natureza grave¹¹

§ 1.º Se resulta:

I – incapacidade para as ocupações habituais,¹² por mais de 30 (trinta) dias;¹³

II – perigo de vida;¹⁴

III – debilidade permanente¹⁵ de membro,¹⁶ sentido¹⁷ ou função;¹⁸

IV – aceleração de parto;¹⁹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2.º Se resulta:

I – incapacidade permanente para o trabalho;²⁰

II – enfermidade incurável;²¹

III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;²²⁻²³

IV – deformidade permanente;²⁴

V – aborto;²⁵

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Lesão corporal seguida de morte²⁶

§ 3.º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:²⁷

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Diminuição de pena²⁸

§ 4.º Se o agente comete o crime impedido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Substituição da pena²⁹

§ 5.º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa:

I – se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;

II – se as lesões são recíprocas.³⁰

Lesão corporal culposa³¹

§ 6.º Se a lesão é culposa:³²

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aumento de pena

§ 7.º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço), se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4.º.³³

§ 8.º Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5.º do art. 121.³⁴

Violência Doméstica^{35-35-A}

§ 9.º Se a lesão³⁶ for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro,³⁷ ou com quem conviva ou tenha convivido,³⁸ ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:³⁹

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.^{39-A}

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1.º a 3.º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9.º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).⁴⁰

§ 11. Na hipótese do § 9.º deste artigo, a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.^{40-A}

1. Conceito de lesão corporal: trata-se de uma ofensa física voltada à integridade ou à saúde do corpo humano. Não se enquadra neste tipo penal qualquer ofensa moral. Para a configuração do tipo é preciso que a vítima sofra algum dano ao seu corpo, alterando-se interna ou externamente, podendo, ainda, abranger qualquer modificação prejudicial à sua saúde, transfigurando-se qualquer função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores. Não é indispensável a emissão de sangue ou a existência de qualquer tipo de dor. Tratando-se de saúde, não se deve levar em consideração

somente a pessoa saudável, vale dizer, tornar enfermo quem não estava, mas ainda o fato de o agente ter agravado o estado de saúde de quem já se encontrava doente. É de se ressaltar, ainda, na lição de Antolisei, que a lesão pode ser cometida por mecanismos não violentos, como o caso do agente que ameaça gravemente a vítima, provocando-lhe uma séria perturbação mental, ou transmite-lhe, deliberadamente, uma doença através de um contato sexual consentido (*Manuale di diritto penale. Parte speciale 1*, p. 76). O mesmo dizem Almeida Júnior e Costa Júnior, mencionando a denominada *morte por emoção*, quando a autópsia não consegue revelar qualquer lesão violenta, tendo em vista ter havido um trauma psíquico, levando a vítima à morte. Cita o seguinte exemplo: “um indivíduo sabia que certa velha tinha uma lesão cardíaca. Saltou, um dia, inesperadamente, sobre ela, gritando. A velha morreu” (*Lições de medicina legal*, p. 217-218). Note-se, no entanto, que, neste caso, deve responder o agente por homicídio e não por lesão corporal, na medida em que tinha conhecimento do estado de saúde da mulher, quando saltou em sua frente dando-lhe o susto fatal. O exemplo esclarece apenas que pode haver lesão por mecanismo não violento.

2. Autolesão: não é punida no direito brasileiro, embora seja considerada ilícita, salvo se estiver vinculada à violação de outro bem ou interesse juridicamente protegido, como ocorre quando o agente, pretendendo obter indenização ou valor de seguro, fere o próprio corpo, mutilando-se. Nessa hipótese, aplica-se o disposto no art. 171, § 2.º, V, do Código Penal, tendo em vista a proteção ao patrimônio da empresa seguradora.

3. Análise do núcleo do tipo: *ofender* significa lesar ou fazer mal a alguém ou

a alguma coisa. O objeto da conduta é a integridade corporal (inteireza do corpo humano) ou a saúde (normalidade das funções orgânicas, físicas e mentais do ser humano).

4. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa, salvo em algumas figuras qualificadas. Como exemplo de sujeito passivo qualificado ou especial, pode-se mencionar a mulher grávida, no caso de lesão corporal com aceleração de parto (§ 1.º, IV) ou de aborto (§ 2.º, V).

5. Elemento subjetivo: na figura prevista no *caput*, que é a lesão corporal simples, somente o dolo, sem exigir-se elemento subjetivo específico ou *dolo específico*.

6. Objetos material e jurídico: o primeiro é a pessoa que sofre a lesão; o segundo é o bem jurídico protegido, que é a incolumidade física.

7. Classificação: é crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (exige resultado naturalístico, consistente na lesão à vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ("ofender" implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado ocorre de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de lesar); admite tentativa.

8. Aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela: é viável não considerar fato típico a lesão ínfima causada à vítima, pois o direito penal não deve

ocupar-se de banalidades, dependendo, naturalmente, do caso concreto. Assim, exemplificando, pequenas lesões causadas culposamente em acidentes de trânsito podem ser consideradas atípicas.

9. Lesões leves provocadas por cônjuge: costumava-se, como medida de política criminal, defender o arquivamento de inquérito policial ou até mesmo a absolvição da pessoa acusada quando o casal se reconciliava, visando à preservação da família. Uma condenação poderia provocar maiores danos à estabilidade conjugal, já alcançada pela recomposição de ambos. Ocorre que, atualmente, cuida-se de hipótese de violência doméstica (art. 129, § 9.º), cuja ação é pública incondicionada (ver a nota 35 *infra*). Por isso, não nos parece ser o caso de continuar a aplicar a *política criminal* de preservação dos laços familiares, pois o interesse público em buscar a punição do agente é superior à pretensa preservação do matrimônio.

10. Consentimento do ofendido: cremos perfeitamente aplicável, no contexto das lesões corporais, o consentimento da vítima como causa supralegal de exclusão da ilicitude. Não se pode mais conceber o corpo humano como bem absolutamente indisponível, pois a realidade desmente a teoria. É verdade que o Estado deve zelar pela vida humana, indisponível que é, além da integridade física, embora sem jamais desconhecer que a evolução dos costumes e da própria ciência traz modificações importantes nesse cenário. Atualmente, as práticas estão a demonstrar que o ser humano dispõe, no dia-a-dia, de sua integridade física, colocando-se em situações de risco de propósito ou submetendo-se a lesões desejadas. Do mesmo modo, não deve o Estado imiscuir-se na vida íntima das pessoas, resolvendo punir, por exemplo,

lesões corporais consentidas cometidas durante a prática de ato sexual desejado entre adultos. Assim, conforme a sociedade for assimilando determinados tipos de lesão corporal, deve o Estado considerar válido o consentimento do ofendido para eliminar a ilicitude do fato. Tudo está a depender, naturalmente, da evolução dos costumes, pois não devem ser aceitas condutas que ofendam a moral e a ética social.

11. Conceito de lesão corporal grave: sob a mesma rubrica, o legislador tipificou dois modelos distintos de lesão corporal: a grave e a gravíssima. Enquanto no § 1.º encontram-se os casos de lesão corporal grave, no § 2.º estão os casos de lesão corporal gravíssima. A diferença entre ambas as denominações emerge cristalina a partir da análise da pena cominada: reclusão de 1 a 5 anos para a hipótese grave e reclusão de 2 a 8 anos para a gravíssima. Assim, a lesão corporal grave (ou mesmo a gravíssima) é uma ofensa à integridade física ou à saúde da pessoa humana, considerada muito mais séria e importante do que a lesão simples ou leve. Ontologicamente, inexiste diferença entre quaisquer dos tipos de lesão corporal dolosa, embora, para efeito de punição, leve-se em consideração a espécie de dano causado à vítima.

12. Ocupação habitual: deve-se compreender como tal toda e qualquer atividade regularmente desempenhada pela vítima, e não apenas a sua ocupação laborativa. Assim, uma pessoa que não trabalhe, vivendo de renda ou sustentada por outra, deixando de exercer suas habituais ocupações, sejam elas quais forem – até mesmo de simples lazer –, pode ser enquadrada nesse inciso, desde que fique incapacitada por mais de trinta dias. A única e lógica exigência é que a atividade exercida pela vítima seja lícita, pois não teria cabimento considerar

presente a qualificadora no caso de um delinquente que deixasse de cometer crimes por período superior ao trintídio porque foi ferido por um comparsa. Por derradeiro, deve-se destacar que o termo *habitual* tem a conotação de atividade freqüente, não se podendo reconhecer a lesão corporal grave quando a vítima ficar incapacitada para ocupações que exercia raramente (ex.: o ofendido, por conta da lesão sofrida, foi obrigado a adiar por mais de 30 dias uma viagem de lazer, algo que costumava fazer esporadicamente).

13. Comprovação por perícia: torna-se indispensável a realização de laudo pericial para atestar o comprometimento da vítima para seu mister habitual por mais de 30 dias, devendo ser elaborado tão logo decorra o trintídio – embora possa subsistir a tolerância de alguns dias. O exame complementar pode ser suprido por prova testemunhal, como expressamente prevê o art. 168, § 3.º, do Código de Processo Penal.

14. Perigo de vida: é a concreta possibilidade de a vítima morrer em face das lesões sofridas. Não bastam conjecturas ou hipóteses vagas e imprecisas, mas um fator real de risco inerente ao ferimento causado. Trata-se de um diagnóstico e não de um prognóstico, na palavra de Almeida Júnior, como oportunamente lembra Eulides Custódio da Silveira (*Direito penal – Crimes contra a pessoa*, p. 142). Daí por que torna-se praticamente indispensável o laudo pericial, sendo muito rara a sua substituição por prova testemunhal, salvo quando esta for qualificada, vale dizer, produzida pelo depoimento de especialistas, como o médico que cuidou da vítima durante a sua convalescença. Reconhecemos que a doutrina e a jurisprudência pátrias, majoritariamente, consideram que, neste

caso, somente pode haver dolo na conduta antecedente (lesão corporal) e culpa no tocante ao resultado mais grave (perigo de vida), pois, havendo dolo em ambas as fases, estar-se-ia diante de uma tentativa de homicídio. Preferimos, no entanto, a posição esposada por Esther de Figueiredo Ferraz, ao mencionar, com propriedade, que “também dolosos ou culposos podem ser os resultados mais graves no caso do artigo 129, §§ 1.º e 2.º (lesão corporal grave e gravíssima). (...) Pois se o legislador *não teve o cuidado de excluir expressamente o ‘dolo’*, como o fez, logo abaixo, no parágrafo 3.º, é porque julgou que essa forma de culpabilidade poderia estar presente em relação a esse evento, como em relação aos demais relacionados nos vários números dos §§ 1.º e 2.º do artigo 129: ‘perigo de vida’, ‘debilidade permanente de membro, sentido ou função’, ‘aceleração de parto’, ‘incapacidade permanente para o trabalho’, ‘perda ou inutilização de membro, sentido ou função’, ‘deformidade permanente’, ‘aborto’”, acrescentando-se também a “incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias”. E reitera a mestra: “Ora, se o legislador só excluiu o elemento ‘dolo’, direto ou eventual, *em relação ao crime de lesão corporal seguida de morte, e silenciou ao definir as demais infrações qualificadas pelo resultado* é porque admitiu, *em tese*, a possibilidade de ocorrer essa modalidade de elemento subjetivo em *algumas figuras agravadas pelo evento*. Pois a lei não deve ter palavras inúteis e, ademais, as expressões restritivas devem ser restritivamente interpretadas” (*Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940*, p. 85 e 90). Ora, nada impede que o agente tenha provocado uma lesão na vítima, assumindo o risco de colocá-la em perigo de vida, para responder pela figura do art. 129, § 1.º, II, do Código Penal. O

contrário, ou seja, exigir-se que no resultado qualificador (perigo de vida) somente possa existir o elemento subjetivo “culpa” é criar uma restrição onde não há expressa previsão legislativa. Quando desejou, a lei penal *expressamente* afastou o dolo – direto ou eventual –, como se dá no caso do art. 129, § 3.º. No mais, se a intenção original do autor era matar, havendo qualquer tipo de ferimento, ainda que leve, responderá por tentativa de homicídio, mas se sua intenção inicial era somente lesionar, mesmo que tenha vislumbrado a possibilidade de colocar a vítima em perigo de vida, necessita responder por lesão corporal grave. É preciso notar que correr “risco de vida” é uma situação objetiva, possível de ocorrer em vários tipos de ferimentos, o que não significa confundir a vontade de lesionar com a vontade de matar.

15. Debilidade permanente: trata-se de uma frouxidão duradoura no corpo ou na saúde, que se instala na vítima após a lesão corporal provocada pelo agente. Não se exige que seja uma debilidade perpétua, bastando ter longa duração.

16. Membro: os membros do corpo humano são os braços, as mãos, as pernas e os pés. Os dedos são apenas partes dos membros, de modo que a perda de um dos dedos constitui-se em debilidade permanente da mão ou do pé.

17. Sentido: possui o ser humano cinco sentidos: visão, olfato, audição, paladar e tato. Assim, exemplificando, perder a visão num dos olhos é debilidade permanente.

18. Função: trata-se da ação própria de um órgão do corpo humano. Exemplos: função respiratória, função excretória, função circulatória. A perda de um dos rins é debilidade permanente e não perda de função, pois se trata de órgão duplo.

19. Aceleração de parto: significa antecipar o nascimento da criança antes do prazo normal previsto pela medicina. Nesse caso, é indispensável o conhecimento da gravidez pelo agente. Se, em virtude da lesão corporal praticada contra a mãe, a criança nascer morta, terá havido lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2.º, V). Há possibilidade de haver o nascimento com vida, mas, em razão da lesão corporal sofrida pela mãe, que tenha atingido o feto, venha a morrer a criança. Opinam alguns penalistas, nos moldes apregoados por Hungria, que, nesse caso, responderia o agente por lesão corporal gravíssima, equiparando-se a situação à lesão corporal seguida de aborto (*Comentários ao Código Penal*, v. 5, p. 335). Outros, porém, sugerem que, havendo morte após o nascimento, caracteriza-se apenas a lesão corporal grave (Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 96). Creemos que as seguintes hipóteses podem ocorrer: a) se houve aceleração de parto, o feto nasceu com vida, morrendo, em face das lesões sofridas, dias, semanas ou meses depois, não há como falar em lesão corporal gravíssima, ou seja, cujo resultado mais grave é o aborto, pois este é um termo específico, que significa a morte do feto *antes do nascimento*. Trata-se, pois, de lesão corporal grave (aceleração de parto); b) se a lesão corporal atingiu a mãe e também o feto, mas não provocou nem a aceleração de parto, nem o aborto, vindo a criança a morrer, depois do nascimento com vida, algum tempo depois, em virtude da lesão sofrida, não há como imputar-se ao agente lesão grave ou gravíssima, pois sua conduta, nesse prisma, não se amolda aos tipos penais do art. 129, §§ 1.º, IV, e 2.º, V. Neste último caso, quanto à lesão corporal, deverá ela ser tipificada como simples. Entretanto, ainda dentro do mesmo quadro (sem haver aceleração de parto, nem aborto), caso o agente tenha visado ao feto (dolo direto ou

indireto), quando agrediu a mãe, poderá responder, concomitantemente, por lesão corporal leve e tentativa de aborto, sem o consentimento da gestante. Outra solução poderá estar aplicando ao autor da agressão tipo penal inadequado.

20. Incapacidade permanente para o trabalho: trata-se da inaptidão duradoura para exercer qualquer atividade laborativa lícita. Nesse contexto, diferentemente da incapacidade para as ocupações habituais, exige-se atividade remunerada, que implique em sustento, portanto, acarrete prejuízo financeiro para o ofendido. Convém ressaltar o alerta feito por Álvaro Mayrink da Costa, com o qual concordamos: “A doutrina advoga que significa *qualquer modalidade de trabalho* e não especificamente o trabalho a que a vítima se dedicava. Contudo, há necessidade de serem estabelecidas certas *restrições*, visto que não se pode exigir de um intelectual ou de um artista que se inicie na atividade de pedreiro. Fixa-se no campo do factualmente possível e não no teoricamente imaginável. Portanto, incapacidade permanente é uma diminuição efetiva da capacidade física comparada à que possuía a vítima antes do fato punível” (*Direito penal*, v. 2, t. 1, p. 231).

21. Enfermidade incurável: é a doença irremediável, de acordo com os recursos da medicina na época do resultado, causada na vítima. Não configura a qualificadora a simples debilidade enfrentada pelo organismo da pessoa ofendida, necessitando existir uma séria alteração na saúde. Embora a vítima não seja obrigada a submeter-se a qualquer tipo de tratamento ou cirurgia de risco para curar-se, também não se deve admitir a recusa imotivada do ofendido para tratar-se. Se há recursos suficientes para controlar a enfermidade gerada pela agressão, impedindo-a de se tornar *incurável*, é preciso

que o ofendido os utilize. Não o fazendo por razões injustificáveis, não deve o agente arcar com o crime na forma agravada. Por outro lado, uma vez condenado o autor da agressão por lesão gravíssima, consistente em ter gerado ao ofendido uma enfermidade incurável, não cabe revisão criminal caso a medicina evolua, permitindo a reversão da doença. Caberia a revisão criminal apenas se tivesse havido erro quanto à impossibilidade de cura no momento da condenação, ou seja, a enfermidade era passível de controle e tratamento, mas tal situação não foi percebida a tempo.

22. Perda ou inutilização: perda implica em destruição ou privação de algum membro (ex.: corte de um braço), sentido (ex.: aniquilamento dos olhos) ou função (ex.: ablação da bolsa escrotal, impedindo a função reprodutora); inutilização quer dizer falta de utilidade, ainda que fisicamente esteja presente o membro ou o órgão humano. Assim, inutilizar um membro seria a perda de movimento da mão ou a impossibilidade para o coito, embora sem remoção do órgão sexual.

23. Cirurgia de mudança de sexo: cremos admissível, atualmente, não só pela evolução dos costumes, mas sobretudo pelo desenvolvimento da medicina, constatando a necessidade da cirurgia, para a melhoria de vida do transexual, possa o sexo ser alterado. Formalmente, no entanto, não deixa de ser uma lesão corporal gravíssima, que inutiliza, permanentemente, a função sexual e também reprodutora. Pode-se dizer, em alguns casos, que os órgãos sexuais estavam atrofiados e não aptos à reprodução, embora existam e façam parte da constituição física do indivíduo. E justamente porque não mais são desejados, o caminho é mudá-los, por meio da intervenção médica. Em estudo específico sobre o tema, ensina

Luiz Alberto David Araújo o seguinte: “Poder-se-ia argumentar que haveria uma mutilação do corpo, com a retirada do pênis, no caso da cirurgia do transexual homem-mulher. Mas o estado de necessidade justifica amplamente a escolha. E, ademais, a decisão, como já visto, passaria, obrigatoriamente, pelo acompanhamento de uma equipe multidisciplinar que seguiria o caso por, no mínimo, dois anos. Médicos, especialistas em diversas áreas, seriam ouvidos para bem distinguir um caso real de outro ligado à neurose ou à esquizofrenia ou a um estado passageiro de entusiasmo inconsequente. O argumento, portanto, da lesão corporal deve ser deixado de lado, sob pena de não aceitarmos a existência do estado de necessidade e, portanto, termos de reformular todo o sistema do Código Penal. Se o estado de necessidade permite a extinção da vida de outrem, em circunstâncias irreversíveis, como não permitir, com base no estado de necessidade, a retirada de parte do corpo que, para o indivíduo, não tem função de órgão sexual? O conflito entre a lesão do corpo e a busca da felicidade é a melhor opção, com larga vantagem sobre a mutilação apontada no primeiro caso” (*A proteção constitucional do transexual*, p. 107). Apesar de estarmos de acordo com a possibilidade de haver abrigo no direito penal para a referida cirurgia, não acolhemos a tese do estado de necessidade, sugerida pelo autor. O caso deve ser resolvido pelo consentimento do ofendido ou pela atipicidade material, conforme a tese adotada. Aliás, o estado de necessidade pressupõe um perigo atual irreparável, colocando em disputa dois bens jurídicos protegidos, havendo de ser salvo o de maior valor. Não é o caso do transexual. Ele não está à beira da morte porque, desejando modificar o sexo, não obtém permissão legal, de modo a autorizar que um médico intervenha, necessariamente para proceder

à alteração objetivada. O confronto aventado entre a lesão corporal causada, de natureza gravíssima, e a busca da felicidade é por demais tênue para o contexto do direito penal, até porque a procura da felicidade, assim colocada, poderia gerar um maior número de fatos típicos, a pretexto de, não possuindo determinado bem ou não atingido determinado objetivo, mesmo que ilegais, o agente não seria feliz. Cremos que o direito à felicidade decorre do cumprimento fiel de todos os demais direitos e garantias individuais, assegurados pela ordem constitucional, mas não se pode considerá-lo um direito autônomo, passível de confronto com os demais, expressamente previstos em lei. Enfim, a hipótese do art. 24 do Código Penal não está evidenciada nesse caso, o que não afasta a possibilidade de se aplicar o consentimento do ofendido para legitimar a cirurgia referida. Na década de 70, o hoje extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo chegou a absolver, embora por maioria de votos, famoso cirurgião plástico que havia operado um transexual, retirando-lhe os órgãos sexuais masculinos, para inserir, em seu lugar, órgão sexual feminino artificialmente construído. A tese utilizada foi a ausência de dolo de lesionar a integridade corporal. A absolvição foi um marco histórico nesse contexto. Saliente-se que a cirurgia contou com a expressa concordância do ofendido – que chegou a depor em favor do médico, dizendo-se satisfeito com o resultado. São trechos do acórdão: o médico “que também concordava com o diagnóstico de transexualismo da vítima, com a anuência dela, operou-a, na qualidade de cirurgião plástico, retirando-lhe o falo (atrofiado e sexualmente inoperante, pois o ofendido, segundo suas palavras, nunca tivera ereção sexual e jamais copulara), a bolsa escrotal e os testículos (pequenos, amolecidos e com ausência de esperma –

fls.), construindo cirurgicamente algo semelhante a uma vagina. (...) Com efeito, a acusação é da prática de um crime doloso. Por conseguinte, é necessário verificar se o réu obrou com dolo. E a resposta deve ser negativa. Não age dolosamente o médico que, através de uma cirurgia, procura curar o paciente ou reduzir o seu sofrimento físico ou mental. (...) seguiu a orientação de uma junta de especialistas, certo de que aquela era a única terapêutica para o caso, convicto de que iria estancar ou, pelo menos, minorar o sofrimento da vítima. E quem assim age não o faz dolosamente, a toda evidência, dada a superioridade de seu propósito” (trechos do voto do juiz Denser de Sá, relator designado). Em contraposição, no voto vencido, encontra-se a posição do juiz Octávio Ruggiero: “Todo problema equacionado neste processo, portanto, gira em torno do dolo, ou seja, da consciência da injuridicidade do ato praticado. Assim, é que o acusado, como profissional, sabia de antemão que a operação a ser realizada não traduzia um perfeito equilíbrio ao sistema funcional do órgão do paciente. Ou seja, a retirada dele, ainda que não fosse perfeito, introduzindo outro feminino, desfuncionado à sua semelhança, muito disforme, sem qualquer utilidade, representando apenas um receptáculo de esperma ou de qualquer elemento estranho. Então, com a retirada do órgão masculino, praticou o médico um ato punível, tanto que, embora o Conselho Fiscal da Medicina não proibisse, era pelo facultativo entendido como ilícito” (Ap. 201.999-SP, 5.^a C., m. v., RT 545/355). O juiz da condenação, além de rechaçar a tese de ausência de dolo, que afirmou existir sem qualquer dúvida, pois o médico sabia da ilicitude do seu ato, até por conta das várias opiniões existentes em contrário, no tocante ao consentimento do ofendido, assim manifestou-se: “Nem se diga que o consentimento do

ofendido tornou lícita a intervenção cirúrgica. O consentimento da vítima não constitui circunstância de justificação. A doutrina é unânime em não considerá-lo como causa de exclusão da antijuridicidade ou de outro elemento do delito. (...) E como falar em consentimento válido de quem, como se tem reconhecido, sofre de grave distúrbio mental?” Convém mencionar o parecer emitido sobre o caso, nos autos do processo, de Heleno Cláudio Fragoso. Primeiramente, o penalista salienta que há possibilidade de ser invocada a tese do consentimento do ofendido, algo admissível em vários outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, nem seria necessária a utilização dessa excludente, pois “o médico não age para causar dano, mas exatamente no sentido oposto: para curar ou minorar um mal. (...) Para exclusão do dolo, os finalistas excluem a tipicidade da lesão corporal no tratamento curativo, e isso corresponde, pode-se dizer, à natureza das coisas. Quem quer curar não quer ferir”. Citando Maurach, arremata: “O fim de curar exclui a lesão corporal. A vontade de curar, própria dos médicos, é incompatível com o dolo de maus-tratos, exigido nos crimes de lesão corporal” (RT 545/303). Em suma, cremos que a decisão proferida pelo acórdão foi justa e legítima. Pode-se absolver o médico por atipicidade material – ausência de lesão ao bem jurídico protegido, tendo em vista que o delito do art. 129, nas suas variadas formas, tem por finalidade resguardar a lesão corporal desastrosa para a vítima e não a sua melhoria ou aprimoramento físico e mental, justamente o que aconteceu com o ofendido no caso apresentado. É a tese que preferimos. Assim, não entendendo o intérprete, inexistiria óbice para utilizar a causa supralegal de exclusão da ilicitude, que é o consentimento do ofendido. Portanto, havendo ou não consciência da ilicitude por parte do médico, o certo é que

a vítima deu seu aval, crendo ser o melhor para sua pessoa, o que foi secundado por todos os profissionais da medicina ouvidos. Assim, seu consentimento pode ser válido, pois não atentatório à moral e aos bons costumes. Por uma forma ou outra, a solução de absolvição foi a mais acertada. Convém mencionar a Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.652/2002, confirmando a sustentação que fizemos acima no sentido de se tratar a cirurgia de alteração sexual da pessoa classificada como transexual de fato materialmente atípico, uma vez que nenhum bem jurídico protegido, nem mesmo em tese, é afetado. É interessante ressaltar algumas considerações iniciais da referida Resolução: “Considerando ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio; Considerando que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico; (...) Considerando o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, § 4.º, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo; (...) Resolve: Art. 1.º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo. (...) Art. 3.º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;

2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais (...). Em suma: autorizada a cirurgia de mudança de sexo, no campo da medicina, é fundamental que o direito a essa nova postura adapte-se, uma vez que o tipo penal do art. 129 definitivamente não tem a finalidade de, protegendo a integridade física, causar o mal. Assim, ainda que formalmente se possa falar em lesão corporal no caso de mudança de sexo do transexual – pessoa que rejeita expressamente no campo psicológico o seu sexo natural –, certamente não o é materialmente, pois o bem jurídico maior é garantir o bem-estar do interessado.

24. Deformidade permanente: de-formar significa alterar a forma original. Configura-se a lesão gravíssima quando ocorre a modificação duradoura de uma parte do corpo humano da vítima. Salienta a doutrina, no entanto, estar essa qualificadora ligada à estética. Por isso, é posição majoritária a exigência de ser a lesão visível, causadora de constrangimento ou vexame à vítima, e irreparável. Citam-se como exemplos as cicatrizes de larga extensão em regiões visíveis do corpo humano, que possam provocar reações de desagrado ou piedade (tais como as causadas pela vitriolagem, isto é, o lançamento de ácido no ofendido), ou a perda de orelhas, mutilação grave do nariz, entre outros. Somos levados a discordar dessa postura. O tipo penal não exige, em hipótese alguma, que a deformidade seja ligada à beleza física, nem tampouco seja visível. A restrição construída por parcela da doutrina e da jurisprudência é incompatível com a finalidade do artigo. Desde que o agente provoque na vítima uma alteração

duradoura nas formas originais do seu corpo humano, é de se reputar configurada a qualificadora. Adotar-se posição contrária significaria exigir do juiz, ao analisar a lesão causada, um juízo de valor, a fim de saber se a vítima ficou ou não *deformada* conforme os critérios de estética que o magistrado possui, não se levando em conta o desagrado íntimo causado a quem efetivamente sofreu o ferimento e a alteração do seu corpo. Chega-se a levantar, como critério de verificação desta qualificadora, o sexo da vítima, sua condição social, sua profissão, seu modo de vida, entre outros fatores extremamente subjetivos, por vezes nitidamente discriminatórios e sem adequação típica. Uma cicatriz no rosto de uma atriz famosa seria mais relevante do que a mesma lesão produzida numa trabalhadora rural? Poderia ser, para o terceiro que não sofreu a deformidade – já que a análise desbancaria para o campo estético –, embora, para a vítima, possa ser algo muito desconfortável. cremos, pois, pouco importar seja a deformidade visível ou não, ligada à estética ou não, passível de causar impressão vexatória ou não, exigindo-se somente seja ela duradoura, vale dizer, irreparável pelos recursos apresentados pela medicina à época do resultado. E acrescente-se possuir essa qualificadora caráter residual, isto é, quando houver lesão passível de alterar a forma original do corpo humano, não se configurando as outras hipóteses de deformidade – debilidade ou perda de membro, sentido ou função – deve ela ser aplicada.

25. Aborto: é a interrupção da gravidez causando a morte do feto. Neste caso, exigem a doutrina e a jurisprudência majoritárias, como já tratado em nota anterior (ver comentários ao art. 129, § 1.º, II, supra), que o resultado qualificador (aborto) ocorra na forma culposa. Nessa visão, com a qual não concordamos, se o agente, ao agredir

a gestante, tivesse agido com dolo (direto ou eventual) com relação à morte do feto, deveria responder pelo delito de aborto (absorvendo-se a lesão provocada na gestante), para alguns, ou por aborto em concurso com o crime de lesões corporais, para outros. Como expusemos, nada exige, na lei penal, seja esta a conclusão, pois o tipo penal, em momento algum, estabelece a forma preterdolosa para a lesão corporal seguida de aborto, vale dizer, não há a exigência – como existe no art. 129, § 3.º – de que o aborto somente possa ser punido a título de culpa. O crime é qualificado pelo resultado (uma figura híbrida por excelência), admitindo dolo no antecedente e dolo no consequente, bem como dolo no antecedente e culpa no consequente. Se a pena for considerada insuficiente, na opinião de alguns, para punir o agente que tiver manifestado o dolo nas duas fases, dever-se-ia alterar a parte sancionadora do tipo penal, mas não criar uma forma de punição alternativa. Se no roubo seguido de morte (latrocínio) admite-se, majoritariamente, a existência de dolo no antecedente (roubo), bem como dolo no subsequente (morte), o mesmo deve ocorrer neste e em outros casos de crimes qualificados pelo resultado. Cremos, pois, ser possível a incidência da lesão corporal gravíssima quando o agente agredir a mulher grávida, provocando-lhe o aborto, ainda que tenha atuado com dolo no tocante ao resultado qualificador. Caso o legislador desejasse uma consequência diversa, isto é, a punição do aborto, neste caso, somente se houvesse culpa por parte do agente, deveria ter deixado isso bem claro, como o fez na lesão corporal seguida de morte.

26. Crime preterdoloso: trata-se da única forma autenticamente preterdolosa prevista no Código Penal, pois o legislador deixou nítida a exigência de dolo no antecedente (lesão corporal) e somente a forma

culposa no evento subsequente (morte da vítima). Ao mencionar que a morte não pode ter sido desejada pelo agente, nem tampouco pode ele ter assumido o risco de produzi-la, está-se fixando a culpa como único elemento subjetivo possível para o resultado qualificador. Justamente por isso, neste caso, havendo dolo eventual quanto à morte da vítima, deve o agente ser punido por homicídio doloso.

27. Tentativa: inadmissível, pois o crime preterdoloso envolve a forma culposa e esta é totalmente incompatível com a figura da tentativa. Se o agente não quer, de modo algum, a morte da vítima, é impossível obter a forma tentada da lesão seguida de morte. Ademais, ou a morte ocorre e o crime está consumado, ou não ocorre e trata-se apenas de uma lesão corporal.

28. Lesão corporal privilegiada: ver os comentários feitos ao homicídio privilegiado (art. 121, § 1.º, CP), inteiramente cabíveis a este parágrafo do art. 129. Esta hipótese é aplicável às lesões grave, gravíssima ou seguida de morte. Para a lesão leve, reservou-se o próximo parágrafo.

29. Lesão corporal privilegiada: esta é uma autêntica hipótese de privilégio, embora conectada ao parágrafo anterior (como se vê no inciso I), acarretando a substituição da pena privativa de liberdade pela pecuniária. Aplica-se somente à hipótese de lesão corporal leve e desde que haja relevante valor social ou moral ou o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

30. Lesões recíprocas: além da hipótese anterior, considerou o legislador a possibilidade de aplicar o privilégio quando o agressor for também agredido pela vítima. É preciso ressaltar, no entanto, que não se

trata de uma situação de legítima defesa, ou seja, se o ofendido agredir o agente apenas para se defender não deve este receber o privilégio. Ao referir-se a *lesões recíprocas*, dá a norma a entender que as duas partes entraram em luta injustamente. Não teria cabimento algum conceder o privilégio ao agressor cuja vítima, para dele se desvencilhar, tenha sido obrigada a agredi-lo e não conceder o benefício ao agente quando o ofendido tenha sofrido as lesões, conseguindo soltar-se do agressor sem fazer uso da força. Ora, se a vítima está em atitude lícita (agindo em legítima defesa), não pode esta situação servir de motivação para o atacante conseguir um benefício legal considerável, que é a substituição da pena privativa de liberdade por multa. Entretanto, se ambos são igualmente culpados e agressores um do outro, pode o juiz levar tal hipótese em consideração para aplicar o privilégio.

31. Lesão culposa: trata-se da figura típica do *caput* (“ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”), embora com outro elemento subjetivo: a culpa. É um tipo aberto, que depende, pois, da interpretação do juiz para poder ser aplicado. A culpa, conforme o art. 18, II, do Código Penal, é constituída de “imprudência, negligência ou imperícia”. Portanto, lesionar alguém por imprudência, negligência ou imperícia concretiza este tipo penal incriminador.

32. Lesão culposa no trânsito: não mais se aplica o tipo penal do art. 129, § 6.º, à lesão corporal cometida na direção de veículo automotor, pois o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), no art. 303, estipulou um tipo incriminador específico.

33. Aumento de pena: ver comentários ao art. 121, § 4.º, inteiramente pertinentes a esta hipótese.

34. Perdão judicial: trata-se do mesmo caso já comentado no § 5.º do art. 121.

35. Violência doméstica: *doméstico* é termo que diz respeito à vida em família, usualmente na mesma casa, tanto assim que sempre se definiu a agravante prevista no art. 61, II, *f*, do Código Penal, como sendo “as ligações estabelecidas entre participantes de uma mesma vida familiar, podendo haver laços de parentesco ou não” (nota 44 ao art. 61). Daí por que se criou uma nova figura típica, na realidade uma nova forma de lesão qualificada, teria a finalidade de atingir os variados e, infelizmente, numerosos casos de lesões corporais praticadas no recanto do lar, dentre integrantes de uma mesma vida familiar, onde deveria imperar a paz e jamais a agressão. Mas, para atingir de fato, sem demagogia, as situações de *violência doméstica*, não se poderia partir de uma cominação de pena pífia. Note-se, desde logo, que uma lesão corporal leve dolosa, onde quer e por quem quer que seja cometida, tem a pena abstrata estabelecida em detenção, de 3 meses a 1 ano. Destarte, o legislador, pretensamente para fazer frente ao incremento da punição aos agressores de familiares, fixou a pena de detenção, de 3 meses a 3 anos. O que mudou? O mínimo legal permaneceu o mesmo, saltando o máximo para 3 anos, em virtude da Lei 11.340/2006, de modo a não mais ser considerada infração de menor potencial ofensivo. Somos levados a concluir que pouca utilidade haverá, inclusive pelo fato de estarem muitos juízes habituados à aplicação sistemática da pena mínima. Em suma, pretender punir mais gravemente um crime como a violência doméstica jamais poderia redundar em um singelo aumento do máximo em abstrato da pena. Se alguma vantagem houve, está concentrada na ação penal, que passa a ser pública incondicionada, em nossa visão, retornando para a iniciativa do Ministério

Público, sem depender da representação. Isto porque o art. 88 da Lei 9.099/95 preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves (modalidade prevista no *caput* do art. 129) e lesões culposas (constante no § 6.º do mesmo artigo). Ora, a violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do *caput*, é forma qualificada da lesão, logo, não mais dependente de representação da vítima. Além disso, o art. 41 da Lei 11.340/2006 afasta a aplicação da Lei 9.099/95, onde se menciona ser a iniciativa da ação penal, em virtude de lesões simples, sujeita à representação da vítima. A mudança foi tímida e de pouca utilidade.

35-A. Ação penal pública incondicionada: conforme já destacamos na nota anterior, entendemos ser a ação penal de natureza pública *incondicionada*. Saliêntamos, entretanto, existir posição em sentido contrário. Sustenta-se que a Lei Maria da Penha não teve o fim de alterar a exigência de representação da vítima no contexto das lesões corporais, ainda que advindas do âmbito doméstico. A primeira razão cinge-se ao fato de não se pretender invadir a intimidade da família, vale dizer, continua a pertencer à mulher o interesse de acionar a máquina judiciária para punir o agressor. A segunda razão liga-se ao preceituado pelo art. 16 da Lei 11.340/2006, autorizando que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, admite-se a renúncia à representação, desde que perante o juiz. Logo, continuaria a existir necessidade de representação para as demandas relativas a lesões corporais. Os referidos argumentos, entretanto, não nos convencem. O mencionado art. 16 da Lei Maria da Penha não faz *nenhuma* referência ao delito de lesões corporais. Cita, apenas, as “ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei”, o que é nitidamente insuficiente para

determinar a quais crimes se vinculam. Ademais, a Lei 11.340/2006 cuida da violência doméstica, seja ela qual for, ou seja, pode cuidar-se tanto de uma lesão simples como de uma lesão gravíssima e, até mesmo, de uma ameaça (violência psicológica ou moral). A lesão gravíssima sempre deu ensejo à ação penal pública incondicionada. Com o advento da Lei Maria da Penha, nada foi alterado. A lesão leve dava oportunidade à ação penal pública condicionada à representação. Com a edição da Lei Maria da Penha, no entanto, houve modificação. No cenário penal, deslocou-se a violência doméstica para parágrafo específico do art. 129, tornando a infração qualificada, com faixa de aplicação de pena própria. Desse modo, tornou-se infração que não mais se pode considerar simples. Assim sendo, não mais é sujeita à representação da vítima. O preceituado pelo art. 16 da Lei Maria da Penha vale somente para os crimes que dependem de representação, não mais sendo o caso da lesão qualificada pela violência doméstica. Quanto ao argumento da intimidade, torna-se inadmissível em face da política criminal do Estado de proteção especial à mulher. Do contrário, a Lei 11.340/2006, que autoriza até mesmo a prisão preventiva do agressor (acréscimo do inciso IV ao art. 313 do CPP), perderia toda a sua eficiência. A mulher agredida deve ser protegida e não mais lhe cabe decidir se processa ou não o agente da lesão corporal; o interesse é público e o bem tutelado, nesse cenário, indisponível. Na ótica que vimos sustentando, considerando pública incondicionada a ação penal, confira-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da

Constituição da República). 2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato. 3. Somente o procedimento da Lei 9.099/95 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal. 4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/95. (Art. 41 da Lei 11.340/2006). 5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do art. 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada. 6. A nova redação do § 9º do art. 129 do Código Penal, feita pelo art. 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima” (REsp. 1000222-DF, 6.ª T., rel. Jane Silva, 23.09.2008, m. v., DJ 24.11.2008).

36. Descrição típica: menciona o parágrafo apenas a palavra *lesão*, remetendo, naturalmente, para o *caput* o entendimento do que signifique, ou seja, “ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”.

37. Ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro: sobre os primeiros quatro ofendidos nada foi alterado, continuando a valer as mesmas considerações da agravante do art. 61, II, e (nota 43). A modificação deveu-se à introdução do termo *companheiro* (certamente abrangendo *companheira*), que é o

reconhecimento da união estável para o efeito de equiparação ao cônjuge no contexto da proteção penal.

38. Com quem conviva ou tenha convivido: esta inclusão, sem interpretação lógico-sistemática, não tem sentido algum. Haverá violência doméstica se a agressão se voltar contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro – em qualquer lugar, não necessitando ser no lar, onde todos eventualmente vivam, pois o tipo assim não exige – *ou também* (note-se a alternatividade) contra pessoa com quem o agente conviva ou tenha convivido? Se utilizarmos o sentido da palavra *convivência* para estipularmos tratar-se de uma vivência em comum com outrem, possuindo intimidade, deve-se questionar: quem deve conviver com quem? O agente com qualquer outra pessoa ou o agente somente com ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro com quem tenha convivência atual ou passada? Não podemos aquiescer com a interpretação literal, ou seja, *além* do ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, *qualquer outra pessoa* agredida, que conviva ou tenha convivido (esta forma, mostrando o passado, é a pior) estaria inserida no tipo do § 9.º, pois seria ampliar em demasia a figura qualificada denominada *violência doméstica*. Uma empregada doméstica com quem o agente *tenha convivido*, agredida muito depois de cessada a relação de emprego, faria nascer a *violência doméstica*? Por certo que não. Logo, resta interpretar que haverá a forma qualificada da lesão quando o agente voltar-se contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro *com quem conviva ou tenha convivido*. Não outra pessoa, mas somente essas enumeradas no tipo. Ainda assim, é passível de crítica. Não se poderia considerar *violência doméstica* a situação de um irmão que agrida outro em um clube, por exemplo, durante uma partida

de futebol, quando já não vivem juntos há muito tempo. Logo, a expressão “ou tenha convivido” foi inadequada e deve ser visualizada restritivamente. E mais: se convivência, como dissemos acima, é levar uma vida em comum com intimidade, já está abrangida pela expressão que vem a seguir “prevalecendo-se de relações domésticas”. Outro fator interessante a ser apontado é o seguinte: o agente que agredir o pai, com quem não convive nem nunca conviveu (a mãe foi abandonada antes mesmo de o filho nascer, por exemplo) não pratica *violência doméstica*. Será lesão simples, com a agravante de crime cometido contra ascendente.

39. Prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: esta é outra menção incompreensível para o contexto da *violência doméstica*. Primeiramente, remetemos o leitor para a definição dessas situações, que consta na nota 44 ao art. 61. Devemos considerar, desde logo, que a finalidade da nova figura típica de lesão qualificada é atingir a agressão dentre familiares – por isso a primeira parte do tipo menciona ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro com quem conviva ou tenha convivido (abstraímos o “ou”, como exposto na nota acima), razão pela qual não tem sentido punir, como *violência doméstica*, outros tipos de agressões ocorridas, por exemplo, entre moradores de uma pensão (relação de coabitação), nem tampouco a lesão praticada pelo anfitrião contra a visita (relação de hospitalidade). Para isso, era mais do que suficiente a figura do *caput* com a aplicação da agravante do art. 61, II, *f*, até pelo fato de não se considerar que habitantes de uma pensão levem vida *doméstica* (familiar ou íntima).

39-A. Alteração da pena: com a edição da Lei 11.340/2006 (Violência Doméstica),

a pena da lesão corporal, nesta hipótese, alterou-se novamente, como já apontamos na nota 35 *supra*. O limite máximo elevou-se de um para três anos, o que lhe retira o caráter de infração de menor potencial ofensivo. Por outro lado, inexplicavelmente, o mínimo, que havia subido para seis meses, tornou a diminuir, atingindo três meses de detenção. Ora, se a violência doméstica merece efetiva repressão, não há o menor sentido no tocante à diminuição da pena mínima, inclusive, como já frisamos, quando se sabe da tendência de vários magistrados brasileiros em aplicar, justamente, o mínimo legal para quase todos os crimes.

40. Causas de aumento: as situações descritas no § 9.º (ofendido ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, com quem conviva ou tenha convivido, bem como prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade), no contexto das lesões graves (§ 1.º do art. 129), gravíssimas (§ 2.º do mesmo artigo) e qualificadas pelo resultado (§ 3.º do mesmo artigo), por já constituírem estas três, figuras qualificadas em relação ao *caput*, passam a ser consideradas como causas de aumento de pena. Assim, na terceira fase da aplicação da pena (não mais levando em conta, para evitar o *bis in idem*, como agravantes na segunda fase), o juiz deverá inserir o aumento de um terço.

40-A. Acréscimo de causa de aumento: buscando maior proteção à pessoa deficiente (física ou mental), cuidou-se de criar outra causa de aumento (um terço), quando o ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro for a vítima da violência doméstica. Esta causa de aumento, entretanto, é aplicável somente à violência doméstica que gere lesão simples, pois se refere somente ao § 9.º. Se as lesões forem graves ou gravíssimas (§§ 1.º e 2.º), existem faixas específicas de aplicação da pena, razão

pela qual não se utiliza o § 9.º do art. 129. Quanto ao conceito de deficiente, consultar a nota 49 ao art. 61 do nosso *Código Penal comentado*.

Capítulo III DA PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE¹⁻³

1. Crimes de perigo: enquanto o delito de dano consuma-se com a efetiva lesão a um bem juridicamente tutelado, o crime de perigo contenta-se com a mera probabilidade de dano. Trata-se de um juízo de probabilidade que se funda na normalidade dos fatos, vale dizer, conforme o que usualmente costuma acontecer, o legislador leva em consideração o dano em potencial gerado por uma determinada conduta para tipificá-la. A melhor teoria, segundo crêmos, para definir o perigo é a mista ou integrativa, para a qual o perigo é tanto uma hipótese quanto um trecho da realidade. Quando alguém dirige perigosamente, quer-se dizer que há a hipótese de que outra pessoa termine ferida por conta de um eventual atropelamento, mas também existe a realidade fenomênica, perceptível pelos sentidos humanos da alta velocidade desenvolvida e dos riscos inerentes às manobras perpetradas. A razão de se punir os crimes de perigo é a mesma que um pai possui em relação ao seu filho pequeno desobediente: evitar maiores e mais graves problemas. Se o Estado punir o perigo gerado, tende a evitar punir, no futuro, o dano. Embora cuidando dos delitos de mera conduta, a lição de Manoel Pedro Pimentel é precisa: “Dir-se-á que o homem é livre para querer, mesmo o mal, devendo apenas responder pelos seus atos voluntários. Entretanto, esse liberalismo excessivo é liberticida. Ninguém seria capaz de deixar uma criança caminhar imprudentemente sobre os trilhos da estrada de ferro, sem se importar com a proximidade de um trem;

ou deixá-la brincar com um vidro de ácido; ou permitir que ela se entretivesse com uma arma carregada. Certamente a criança seria impedida de prosseguir, pois estaria arriscando a própria integridade e a dos demais. Seria castigada pela sua falta, com um castigo brando – pois nenhum mal ainda praticara – mas castigada para que não prosseguisse na sua caminhada sobre os trilhos, não entornasse o ácido, não disparasse a arma e, o que é mais, para que aprendesse que aquelas situações deveriam ser evitadas no futuro, para o seu próprio bem e para o bem de todos. Ninguém se rebelaria contra um castigo brando que fosse infligido à criança, pois todos compreendemos a sua finalidade. O mesmo diríamos em relação a um pai que castigasse o filho omissor nos seus deveres escolares, pela significação dessa falta e pela necessidade de reprimi-la, para evitar uma situação mais grave, projetada no porvir. Ninguém negará a função preventiva e educativa desses castigos” (*Crimes de mera conduta*, p. 137).

2. Perigo concreto e perigo abstrato: trata-se de ensinamento fundamental da doutrina majoritária a distinção entre o perigo concreto e o perigo abstrato, considerando-se o primeiro como a probabilidade de ocorrência de um dano que necessita ser devidamente provada pelo órgão acusador, enquanto o segundo significa uma probabilidade de dano presumida pela lei, que independe de prova no caso concreto. O legislador, nesse último caso, baseado em fatos reais, extrai a conclusão de que a prática de determinada conduta leva ao perigo, por isso tipifica a ação ou omissão, presumindo o perigo. Exemplos: a) *perigo concreto*: o delito consistente em expor a vida ou a saúde de uma pessoa a perigo *direto e iminente* necessita da prova da situação fática (dar um tiro na direção de alguém), bem como da prova do perigo (demonstração de que o disparo passou próximo

ao corpo da pessoa); b) *perigo abstrato*: os delitos de tráfico e porte de entorpecentes (arts. 33 e 28 da Lei de Drogas) consistem em punir o sujeito que traz consigo substância entorpecente, porque tal conduta quer dizer um perigo para a saúde pública. Assim, para a tipificação desses delitos, basta a acusação fazer prova do fato (estar portando a droga), prescindindo-se da prova do perigo, que é presumido. Conferir: STJ: “O crime tipificado no art. 16 da Lei de Tóxico [art. 28 da Lei 11.343/2006] é de perigo abstrato contra a saúde pública, sendo desinfluyente, para a sua caracterização, a quantidade de entorpecente” (RHC 8.777-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 13.09.1999, v. u., DJ 14.02.2000, p. 78). Tal distinção é fundamental e continua a ser utilizada pela doutrina tradicional, bem como pela maioria da jurisprudência. Ensina Miguel Reale Júnior: “Já nos crimes de perigo abstrato, para aperfeiçoamento do modelo típico, há uma presunção absoluta, *juris et de jure*, da situação de perigo. Essa presunção não é, todavia, arbitrária, desvinculada da realidade, mas a constrói o legislador a partir da constatação da existência de condutas particulares, que, pela experiência e lógica, revelam ínsita uma situação de perigo” (Crime de gestão temerária, *Problemas penais concretos*, p. 18). No mesmo sentido: TJSP: Ap. Crim. 63.774-3, 4.^a C., São Joaquim da Barra, rel. Dante Busana, v. u., Lex 116/475). Criticando a terminologia usualmente utilizada a respeito do *perigo abstrato*, diz José de Faria Costa que “o perigo nos chamados crimes de perigo abstrato não é elemento do tipo legal de crime mas unicamente motivação do legislador. Em verdadeiro rigor, com efeito, uma tal qualificação do tipo legal de crime não é muito correta. Se o perigo está fora do tipo e só serviu de razão justificadora ao legislador para criar uma norma incriminadora cujo sentido

primacial é, neste caso, o de um dispositivo tipicamente imperativo não vemos o motivo para uma tal designação. Ou melhor: só o descortinamos quando numa visão translata, de leitura a dois níveis de captação da norma (o nível conformador e extra-normativo e a dimensão já tipicamente normativa) se quer dar a idéia de que há um elo de ligação entre os chamados crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Mas essa aparência é indutora de erros. Se o perigo é motivo de criação de normas incriminadoras, a sua análise, estudo e qualificação não tem que ver com o ‘antes’ que levou à sua produção” (*Tentativa e dolo eventual*, p. 56).

3. Perigo individual e perigo coletivo: o primeiro expõe uma só pessoa ou um número determinado de pessoas a perigo – são os delitos previstos neste capítulo do Código Penal. O perigo coletivo expõe um número indeterminado de pessoas – são os crimes previstos no Capítulo I do Título VIII deste Código.

Perigo de contágio venéreo

Art. 130. Expor⁴⁻⁵ alguém,⁶ por meio de relações sexuais⁷ ou qualquer ato libidinoso,⁸ a contágio de moléstia venérea,⁹⁻¹⁰ de que sabe ou deve saber¹¹ que está contaminado:¹²⁻¹³

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Se é intenção do agente transmitir a moléstia:¹⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2.º Somente se procede mediante representação.¹⁵⁻¹⁶

4. Análise do núcleo do tipo: *expor* significa colocar em perigo ou deixar a descoberto. O objeto da conduta é o contágio de moléstia venérea.

5. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo. Não existe a forma culposa. Ver nota 14 abaixo, especifica sobre o assunto.

6. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo deve ser qualquer pessoa contaminada por doença sexualmente transmissível, enquanto o sujeito passivo pode ser qualquer um, inclusive a pessoa que exerce a prostituição.

7. Relação sexual: é o coito, ou seja, a união estabelecida entre duas pessoas através da prática sexual. Trata-se de expressão mais abrangente do que conjunção carnal, que se limita à cópula *pênis-vagina*. Abrange, pois, o sexo anal ou oral.

8. Ato libidinoso: é a ação que dá ao autor prazer e satisfação sexual. Trata-se de expressão de máxima abrangência, envolvendo desde a conjunção carnal, passando-se pela relação sexual até atingir qualquer tipo de ato tendente a satisfazer a volúpia do agente. Ex.: carícias corporais, beijos sensuais, entre outros. Vê-se que o tipo penal envolveu toda forma de ato sexual possível de transmitir doenças.

9. Moléstia venérea: é a doença transmissível através de contato sexual. Trata-se de enfermidade que necessita ser conceituada pela medicina, não ficando ao critério do legislador defini-la. Exemplos: sífilis, gonorréia ou blenorragia, cancro mole.

10. Utilização de preservativo: não configura o delito, pois inexistente a conduta, que é *colocar em perigo* o sujeito passivo. Embora seja crime de perigo abstrato, é indispensável que o núcleo do tipo se concretize – *expor* – o que somente se dá, caso o agente atue sem qualquer proteção.

11. Dolo direto ou eventual: a expressão “sabe” indica que o agente tem

conhecimento pleno de seu estado de enfermidade e, ainda assim, mantém com a vítima relação sexual capaz de transmitir a doença. Há, portanto, o chamado *dolo de perigo*, que é a vontade de expor outra pessoa a perigo. A expressão “deve saber” consiste no dolo eventual, querendo dizer que o agente, diante do estado de saúde que apresenta, deveria ter noção de que está contaminado e, conseqüentemente, assume o risco de transmitir a doença à pessoa com quem mantém relação sexual. cremos não existir a forma culposa, pois nenhuma referência há no tipo a respeito de imprudência, negligência ou imperícia. Como já mencionado, a *culpa deve ser expressa* na lei penal, jamais presumida. Além disso, se considerássemos a expressão “deve saber” como símbolo da culpa, estaríamos equiparando, no mesmo tipo, com idêntica sanção, os delitos dolosos e os culposos, o que representaria uma aberta ferida ao princípio constitucional da proporcionalidade. Nessa ótica está a lição de Mariângela Gama de Magalhães Gomes (*O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 182). Há, no entanto, posição doutrinária em contrário, sustentando a possibilidade de se considerar culposa essa forma de atuação do agente, que estaria agindo por nítida negligência em relação ao seu estado de saúde.

12. Objetos material e jurídico: o objeto material é pessoa que mantém relação com o contaminado. Os objetos jurídicos são a vida e a saúde.

13. Classificação: trata-se de crime próprio (demanda sujeito ativo qualificado, que é a pessoa contaminada); formal (delito que não exige necessariamente a ocorrência de um resultado naturalístico); de forma vinculada (só pode ser cometido por meio de relação sexual ou outro ato libidinoso); comissivo (“expor” implica em

ação); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de perigo abstrato (consuma-se apenas com a prática da relação sexual ou do ato libidinoso); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

14. Dolo de dano: este parágrafo constitui uma exceção inserta no contexto do delito de perigo, que é o “perigo de contágio venéreo”, pois cuida da hipótese em que o agente sabe estar contaminado e *quer transmitir a doença*. Nota-se, pela própria pena, que se altera para reclusão de 1 a 4 anos e multa, semelhante à da lesão corporal grave, ser um delito formal de dano, vale dizer, pune-se a conduta de manter relação sexual ou outro ato libidinoso com a vítima, desejando o contaminado transmitir-lhe a doença, causando-lhe um dano, embora seja dispensável o resultado naturalístico (a efetiva contaminação do ofendido). Havendo ou não o contágio, responderá o agente pela figura do art. 130, § 1.º. Entretanto, justamente porque a sua vontade é transmitir a doença, caso obtenha sucesso, atingindo formas mais graves de lesão, deverá responder por lesão grave ou gravíssima e até por lesão corporal seguida de morte, conforme o caso. Se ocorrer lesão corporal leve, fica absorvida pelo delito mais grave, que é a forma descrita no art. 130, § 1.º. Assim, há quatro situações distintas: a) o agente sabe estar contaminado e mantém relação sexual com a vítima, sem a pretensão de transmitir a doença, mas expondo o sujeito passivo a perigo: responderá pelo crime do art. 130, *caput*; b) o agente deve saber estar contaminado e pratica a mesma conduta descrita no item anterior: responderá pelo delito previsto no art. 130, *caput*; c) o agente sabe estar contaminado e quer transmitir a doença no contato sexual

mantido (conseguindo ou não o contágio): responderá pelo delito do art. 130, § 1.º; d) o agente sabe estar contaminado e quer transmitir a doença para afetar a saúde da vítima: responderá por lesão corporal grave ou gravíssima, se for o caso (arts. 129, §§ 1.º ou 2.º). Poderá, se houver morte, responder por lesão corporal seguida de morte. Nada impede, ainda, que surja uma quinta hipótese, consistente na figura do homicídio, caso o agente saiba que está contaminado, tenha conhecimento da gravidade do seu mal e deseje transmiti-lo para a vítima, que padece de saúde precária, podendo morrer caso seja atingida pela referida enfermidade, situação também conhecida pelo autor. O dolo volta-se, nesse caso, para o tipo penal do art. 121, e os germes microbianos, como ensinam Almeida Júnior e Costa Júnior, serviriam como agentes lesivos equivalentes a um veneno (*Lições de medicina legal*, p. 347).

15. Ação pública condicionada: tratando-se de crime cometido por meio de relacionamento sexual consentido, depende de representação para que o Ministério Público possa agir, oferecendo denúncia. É lógico que, deslocando-se para as figuras mais graves dos arts. 129 e 121, conforme o caso, será de ação pública incondicionada.

16. AIDS: a síndrome da imunodeficiência adquirida não é doença venérea, pois ela possui outras formas de transmissão que não são as vias sexuais. Assim, caso o portador do vírus – ainda considerado letal pela medicina – da AIDS mantenha relação sexual com alguém, disposto a transmitir-lhe o mal, poderá responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado, conforme o caso. Ver, ainda, o comentário feito no próximo artigo sob o título “Aplicação da pena...”, tratando do mesmo assunto.

Perigo de contágio de moléstia grave¹⁷

Art. 131. Praticar,¹⁸ com o fim de transmitir¹⁹ a outrem²⁰ moléstia grave²¹ de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio.²²⁻²⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

17. Análise do tipo penal: apesar de estar situado no capítulo referente aos crimes de perigo, o delito previsto no art. 131, da mesma forma que encontramos antes no art. 130, § 1.º, é formal e de dano, com dolo de dano. O agente pratica ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave da qual é portador com o claro objetivo de transmitir o mal a outrem, portanto, causando-lhe dano à saúde – o que é lesão corporal. Ocorre que situou o legislador neste capítulo tal figura delitiva apenas porque, no caso de haver o ato *capaz* de produzir o contágio, com a intenção do autor de que a moléstia se transmita, mas não ocorra a efetiva contração da enfermidade, o delito está consumado do mesmo modo. Nesse último prisma, houve o perigo de contágio, desejado pelo agente, mas não atingido. Por isso, inseriu-se a figura no capítulo dos crimes de perigo: havendo perigo de contágio, o crime está consumado; havendo o contágio, também está consumado. É uma figura mista, podendo ser tanto um delito de perigo com dolo de dano, como um crime de dano com dolo de dano. Não se pode dizer que se trata apenas de uma tentativa de lesão corporal, pois inexistente, como se sabe, *dolo de tentativa*. Assim, o interesse do agente é transmitir a doença, mas ele será punido, do mesmo modo e com a mesma pena, pela simples exposição da vítima ao perigo de contrair o mal. Essa situação não acontece com a tentativa de lesão corporal. Neste caso, quando o agente quer ofender a integridade física de outrem e não consegue, jamais receberá a mesma pena que é destinada ao delito consumado.

Assim, ainda que anormalmente, preferimos conceituar o crime como sendo formal, de dano, com dolo de dano, que admite idêntica punição pelo perigo gerado ao ofendido. Poder-se-ia dizer que se trata de um crime de dano, cuja tentativa é punida, segundo vontade legislativa, com a mesma pena do crime consumado. Nada demais há nisso, pois o art. 14, parágrafo único, que cuida da pena da tentativa, menciona que, “*salvo disposição em contrário*, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços)” (grifamos). Esta seria uma “disposição em sentido contrário”.

18. Sujeitos ativo e passivo: o primeiro é a pessoa que está contaminada por moléstia grave contagiosa, enquanto o segundo pode ser qualquer pessoa, mesmo aquela que já está enferma, visto que a transmissão de outra doença pode agravar-lhe a perturbação à saúde. É natural que a pessoa portadora do mesmo mal do sujeito ativo não possa ser sujeito passivo deste crime, desde que, medicamente atestado, não exista possibilidade de piorar da doença que já a perturba.

19. Elemento subjetivo do tipo específico: “com o fim de transmitir” é a especial vontade do agente estampada no tipo penal pelo legislador. Portanto, não basta que o agente realize ato capaz de produzir o contágio, mas que tenha a especial intenção de transmitir a moléstia. É o que alguns chamam de “dolo específico”. Dessa forma, somente pode haver dolo direto (excluído o eventual por incompatibilidade lógica), acrescido do elemento subjetivo do tipo específico. Afastada está a forma culposa.

20. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre o contágio ou corre o risco de contaminar-se; o objeto jurídico é a vida e a saúde de pessoa humana.

21. Moléstia grave: trata-se de uma doença séria, que inspira preciosos cuidados, sob pena de causar seqüelas ponderáveis ou mesmo a morte do portador. Não cremos tratar-se de *norma penal em branco*, pois esta depende de um complemento que não pode ser dado pelo magistrado, e sim por outra norma. No caso presente, o termo “moléstia grave” é apenas um elemento normativo do tipo, vale dizer, compõe um tipo aberto, que pode ser interpretado pelo juiz. É natural que o magistrado dependa, muitas vezes, de auxílio médico para saber o que pode ser uma enfermidade séria, embora este não seja indispensável, na medida em que o conceito de “doença grave” é cultural. Sabe-se, perfeitamente, sem necessidade de uma perícia ou de consultas a normas de saúde pública do Ministério da Saúde, que a tuberculose é moléstia grave.

22. Ato capaz de produzir o contágio: torna-se evidente que não se trata de transmissão somente através do ato sexual, pois o tipo penal menciona *qualquer* ato apto a conduzir a doença da pessoa enferma para a pessoa sadia. Assim, desde a relação sexual propriamente dita, – que também se inclui neste tipo penal, quando não for objeto do art. 130 – até o simples ato de tossir diretamente no rosto da pessoa saudável podem configurar meios de configuração deste delito.

23. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige necessariamente um resultado naturalístico); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“praticar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado “contágio” ou “perigo de contágio” se dá de maneira ins-

tantânea, não se prolongando no tempo); de dano, na sua essência, embora situado neste capítulo, com possibilidade de se punir o *iter criminis*, que já expõe a vítima a perigo, como delito consumado (é a forma mista eleita: consuma-se com a efetiva lesão à saúde ou com a simples exposição a perigo; ver a nota 17 ao art. 131, que trata da análise do tipo penal); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (se a forma de transmitir a doença for efetivada por um único ato toma o delito a forma unissubsistente, embora possa ser cometido através de vários atos, o que configura o aspecto plurissubsistente); admite tentativa na forma plurissubsistente.

24. Aplicação da pena da lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte: como se mencionou no artigo antecedente, é possível que haja uma lesão grave ou gravíssima à vítima. Nesse caso, transfigura-se o crime para a forma prevista no art. 129, §§ 1.º ou 2.º, conforme o caso, tendo em vista que o dolo é de dano. Somente a forma da lesão simples (art. 129, *caput*) fica absorvida por este delito. Ocorrendo a morte da vítima, haverá a figura do crime preterdoloso: lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º). Pode-se até mesmo levar o agente a responder por homicídio consumado ou tentado se a sua intenção, valendo-se da doença grave que o acomete, era a de eliminar a vítima. Entretanto, para que isto ocorra é preciso cautela, pois se deve exigir uma doença realmente séria e um sujeito passivo debilitado, apto a contrair a enfermidade e morrer. Afinal, não fosse assim e poderia haver banalização do tipo penal do homicídio (exemplo disso seria o da pessoa gripada que tossisse no nariz de outra pretendendo com isso matá-la, o que é hipótese risível). Aliás, sob outro aspecto, é preciso mais uma vez ressaltar que a AIDS não se encaixa, por ora, no

perfil deste artigo porque ainda é considerada uma doença letal. Fosse apenas uma enfermidade grave e estaria condizente com o tipo penal do art. 131. Dessa forma, quando o agente buscar transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido).

Perigo para a vida ou saúde de outrem²⁵

Art. 132. Expor²⁶⁻²⁸ a vida ou a saúde²⁹ de outrem a perigo direto e iminente.³⁰⁻³¹

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, se o fato não constitui crime mais grave.³²⁻³³

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.³⁴

25. Perigo concreto: trata-se de um tipo genérico de perigo, válido para todas as formas de exposição da vida ou da saúde de terceiros a risco de dano, necessitando da prova da existência do perigo para configurar-se. Não basta, pois, que a acusação descreva o fato praticado pelo agente, sendo indispensável, ainda, demonstrar ao juiz o perigo *concreto* sofrido pela vítima. Ex.: dar tiros num local habitado é o fato; provar que esses tiros quase atingiram uma pessoa é o perigo concreto.

26. Análise do núcleo do tipo: *expor* é colocar em perigo ou deixar a descoberto. O objeto, nesse caso, é a vida ou a saúde de outrem.

27. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. A única cautela, neste

caso, é que o sujeito passivo seja determinado, não se admitindo que seja pessoa incerta.

28. Elemento subjetivo: é o dolo de perigo, isto é, a vontade de colocar outra pessoa em risco de sofrer um dano. Ex.: dar tiros dentro de um bar para afugentar os fregueses. Permite o agente que as pessoas determinadas ali dentro presentes corram o risco de sofrer um ferimento, embora não deseje que isso ocorra. Caso quisesse causar um mal determinado, estaríamos diante de uma tentativa de lesão ou de homicídio.

29. Objetos material e jurídico: o objeto material do delito é a pessoa que corre o risco, enquanto o objeto jurídico divide-se em vida e saúde da pessoa humana.

30. Perigo direto e iminente: é o risco palpável de dano voltado a pessoa determinada. A conduta do sujeito exige, para configurar este delito, a inserção de uma vítima certa numa situação de risco real – e não presumido –, experimentando uma circunstância muito próxima ao dano. Entendemos, respeitadas as doudas opiniões em contrário, que o legislador teria sido mais feliz ao usar o termo “atual”, em lugar de “iminente”. Ora, o que se busca coibir, exigindo o *perigo concreto*, é a exposição da vida ou da saúde de alguém a um risco de dano determinado, palpável e iminente, ou seja, que está para acontecer. O dano é iminente, mas o perigo é atual, de modo que melhor teria sido dizer “perigo direto e atual”. O perigo iminente é uma situação quase impalpável e imperceptível (poderíamos dizer, penalmente irrelevante), pois falar em perigo já é cuidar de uma situação de risco, que é imaterial, fluida, sem estar claramente definida. Se perigo atual é um risco de dano, perigo iminente é a possibilidade de colocar uma pessoa em estágio imediatamente anterior àquele que irá gerar o risco de dano, ou seja, sem a concretude e

a garantia exigidas pelo direito penal. Tanto é realidade o que estamos afirmando que alguns penalistas, ao definirem “iminência”, referem-se a uma situação “presente e imediata” ou a um risco de dano “em vias de concretização”, o que é característica do que é *atual*, e não do que é iminente (futuro próximo).

31. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de perigo concreto (delito que exige prova da existência do perigo gerado para a vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso (“expor” implica em ação ou omissão, neste caso. Diversamente, a forma de “expor”, prevista no art. 130 é comissiva, porque prevê a sua realização através de relação sexual ou outro ato libidinoso); instantâneo (cujo resultado “ocorrência do perigo” se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma comissiva.

32. Análise da expressão “se o fato não constitui crime mais grave”: trata-se de um delito explicitamente subsidiário, ou seja, somente se utiliza a figura do art. 132 quando outra, mais grave, deixa de se concretizar. Assim, não tem cabimento punir o agente pela exposição a perigo de vida quando houve, em verdade, tentativa de homicídio. É lógico que no caso da tentativa branca, ou seja, sem lesões à vítima, houve perigo, embora deixe-se de lado o tipo penal do art. 132, tendo em vista que ele é apenas um “tipo de reserva”, cedendo espaço a figuras penais mais graves.

33. Confronto com o art. 15 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarma-

mento): é crime “disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime”, resultando na pena de reclusão, de 2 a 4 anos, e multa. O delito é de perigo abstrato e mais grave que a figura prevista no art. 132 do Código Penal. Portanto, se alguém disparar sua arma de fogo em lugar habitado ou nas cercanias, coloca em perigo, segundo as regras da experiência, colhidas pelo legislador e transformadas em lei penal, pessoas humanas. Por isso, prova-se o fato, dispensando-se a prova do perigo. Caso o disparo seja efetuado em lugar não habitado normalmente, mas que naquela ocasião possuía alguma pessoa, que correu perigo efetivo, o delito configurado é o do art. 132. Portanto, são raras as hipóteses de, existindo disparo de arma de fogo, incidir a regra do Código Penal em lugar da regra especial do Estatuto do Desarmamento. Note-se, por fim, que também o delito do art. 15 da Lei 10.826/2003 é subsidiário, de modo que, havendo dano a alguém, desde que seja delito *mais grave* – o que se deve ponderar pela pena aplicada –, prepondera a figura típica principal (ex.: a tentativa de homicídio).

34. Causa de aumento de pena: trata-se de figura acrescentada em 29 de dezembro de 1998, pela Lei 9.777, que tem por fim específico punir, mais severamente, os proprietários de veículos que promovem o transporte de trabalhadores sem lhes garantir a necessária segurança. É um delito de trânsito, embora situado no Código Penal. Por isso, além de poder configurar-se em via pública – algo típico dos crimes de trânsito –, pode também ocorrer em propriedades privadas. Ataca-se frontalmente o transporte clandestino dos bóias-frias, maiores vítimas dessa espécie de crime de perigo (o que não

afasta a possibilidade de se atingir qualquer outro trabalhador). Se uma vítima correr perigo já é suficiente para o preenchimento do tipo penal.

Abandono de incapaz

Art. 133. Abandonar³⁵ pessoa³⁶⁻³⁷ que está sob seu cuidado,³⁸ guarda,³⁹ vigilância⁴⁰ ou autoridade,⁴¹ e, por qualquer motivo, incapaz⁴² de defender-se dos riscos resultantes do abandono;⁴³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1.º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:⁴⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Aumento de pena

§ 3.º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de 1/3 (um terço):

I – se o abandono ocorre em lugar ermo;⁴⁵

II – se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima;⁴⁶

III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.^{46-A}

35. Análise do núcleo do tipo: abandonar quer dizer deixar só, sem a devida assistência. O abandono, nesse caso, não é imaterial, mas físico. Portanto, não é o caso de se enquadrar, nesta figura, o pai que deixa de dar alimentos ao filho menor, e sim aquele que larga a criança ao léu, sem condições de se proteger sozinha.

36. Sujeitos ativo e passivo: são próprios ou qualificados, pois exigem uma qualidade especial. O autor deve ser guarda,

protetor ou autoridade designada por lei para garantir a segurança da vítima, pessoa de qualquer idade, desde que incapaz, colocada sob seu resguardo.

36-A. Elemento subjetivo: exige-se dolo de perigo. Não cremos haver, no tipo, nenhuma menção ao elemento subjetivo específico ou dolo específico, vale dizer, a *especial intenção* de colocar em perigo – como defendem alguns –, pois o pai que abandona o filho para dar-lhe um corretivo, mesmo que não tenha a intenção de colocá-lo em perigo, efetivamente o faz, merecendo responder pelo crime.

37. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa incapaz de se defender, que sofreu o perigo do abandono; o objeto jurídico é a proteção à vida e à saúde da pessoa humana.

38. Cuidado: representa condutas que demandam atenção, zelo, cautela. É a figura mais ampla das quatro previstas. Ex.: a pessoa que está enferma não pode ser abandonada, pois está momentaneamente incapacitada. Assim fazendo o agente, configurado está o delito previsto neste artigo.

39. Guarda: trata-se de um nível mais intenso de cuidado, pois exige proteção, amparo e vigilância. É figura destinada à proteção de pessoas que necessitam receber mais do que mera atenção ou zelo, pois demandam abrigo do agente. Ex.: o filho pequeno não pode deixar de receber proteção, pois seu estado de incapacidade é permanente, durante a fase infantil.

40. Vigilância: é uma figura sinônima de cuidado, que está abrangida pela guarda. Reserva-se este termo do tipo penal para as vítimas que são capazes, em regra, embora, por estarem em situações excepcionais, podem tornar-se incapazes de se defender.

Ex.: um guia turístico tem o dever de vigiar os turistas sob sua responsabilidade num país estrangeiro, de língua e costumes totalmente estranhos, além de poder possuir este locais de particular periculosidade.

41. Autoridade: é o vínculo que se estabelece, legalmente, entre uma pessoa que tem o direito de dar ordens a outra, de modo que dessa relação defluem os deveres de cuidado, guarda ou vigilância, conforme o caso. Ex.: se o sargento convoca a tropa para uma missão secreta num cenário hostil e perigoso, tem o dever de não abandonar os soldados, não conhecedores do lugar, que para ali foram exclusivamente atendendo a um comando.

42. Incapacidade: não se trata de um conceito jurídico, mas real. Portanto, deve-se considerar qualquer indivíduo que, em determinada situação, esteja incapacitado para defender-se, ainda que seja maior, física e mentalmente sadio, sem qualquer tipo de enfermidade permanente.

43. Classificação: trata-se de crime próprio quanto aos sujeitos ativo e passivo (exige qualidades específicas de ambos); de perigo concreto (é indispensável comprovar o perigo, pois o tipo menciona a incapacidade “de defender-se dos riscos *resultantes* do abandono”); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo; instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo). Trata-se, no caso, de delito considerado *instantâneo de efeitos permanentes*, isto é, aquele cuja consumação se dá de maneira isolada no tempo, mas os efeitos persistem, dando a impressão de que o crime ainda se encontra em franco desenvolvimento; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos

integram a conduta de abandonar); admite tentativa na forma comissiva.

44. Figuras preterdolosas: esta e a do próximo parágrafo constituem resultados que vão além do inicialmente desejado pelo agente. Tendo em vista que, no princípio, o autor age com “dolo de perigo”, que é, por natureza, incompatível com o dolo de dano, não se pode falar em dolo no resultado mais grave. Assim, a lesão corporal de natureza grave e a morte, se houver, somente podem constituir frutos da culpa.

45. Causa de aumento de pena relativa ao “lugar ermo”: entende-se por ermo o local normalmente abandonado, desértico, sem habitantes. Narra a doutrina, no entanto, e com razão, ser essa situação descampada apenas relativa, pois, se se tratar de um lugar *absolutamente* ermo, sem qualquer possibilidade de contato ou busca de socorro, é meio de execução do crime de homicídio.

46. Causa de aumento relativa aos especiais laços entre agente e vítima: é natural que seja considerado mais grave o crime de abandono praticado pelos ascendentes, descendentes, cônjuges, irmãos, tutores ou curadores da vítima, pois há especial dever de assistência entre tais pessoas. Em lugar de proteção, o agente termina determinando um perigo para o ofendido, o que é particularmente inadmissível, aumentando a reprovação social do fato.

46-A. Causa de aumento relativa à vítima idosa: trata-se de inovação trazida pela Lei 10.741/2003, que busca dar a mais ampla proteção possível ao idoso, punindo mais severamente aqueles que pratiquem delitos contra pessoas maiores de 60 anos. A medida é salutar tendo em vista a grande quantidade de casos registrados de abandono de idosos, por parentes ou responsáveis

quando, em verdade, mereceriam eles carinho e proteção por terem atingido a fase madura da vida.

Exposição ou abandono de recém-nascido

Art. 134. Expor ou abandonar^{47-48-A} recém-nascido,⁴⁹⁻⁵⁰ para ocultar desonra própria:⁵¹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:⁵²

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

47. Análise dos núcleos do tipo “expor” e “abandonar”: busca a doutrina estabelecer uma diferença, provocada pelo legislador ao inserir duplo verbo nesta figura típica, entre “expor” e “abandonar”. Como vimos, *abandonar* tem o sentido de largar ou deixar de dar assistência pessoal a alguém, *expor*, quando confrontado com o primeiro, pode ser conceituado como colocar em perigo, retirando a pessoa do seu lugar habitual para levá-la a ambiente hostil, desgrudando-se dela. Bem ressalta Roberto Wagner Battocchio Casolato que, na prática, são idênticas as expressões, pois deixar a vítima desamparada no próprio lugar onde costuma receber assistência ou conduzi-la para além do lugar de proteção habitual, havendo a necessária separação física entre agente e vítima, é natural que exista a mesma situação de perigo (*Os crimes contra a pessoa no Código Penal*, v. 1, p. 130).

48. Sujeitos ativo e passivo: trata-se de delito próprio, ativo e passivamente, enquanto o agente precisa ser a “mãe”

da criança concebida em qualquer tipo de situação irregular e, excepcionalmente, o pai, como veremos abaixo, a vítima necessita ser a pessoa recém-nascida, filho(a) do sujeito ativo. Note-se que o termo “ocultar desonra própria” é normativo, isto é, compõe um tipo aberto, que exige interpretação e valoração cultural a ser dada pelo juiz no caso concreto (regras fixas, neste contexto, não nos parecem adequadas). Não se deve sustentar, segundo pensamos, que somente a mãe que tenha concebido ilicitamente uma criança pode ser autora deste crime, mas toda mulher que, conforme os costumes do lugar onde habita, tenha gerado seu filho em circunstâncias irregulares para os padrões locais. Em uma grande cidade, por exemplo, o fato de a mulher solteira, profissionalmente estabelecida, gerar um filho sem ser casada, por óbvio, não pode ser invocado para compor a figura do delito do art. 134. Entretanto, em uma pequena comunidade, a mulher solteira, sem sustento próprio, morando com os pais, pode abandonar seu filho para evitar qualquer repressão moral no seio da sua família e dos demais que a volteiam. Embora de difícil configuração nos tempos atuais, é possível que, em uma sociedade extremamente conservadora, o pai resolva abandonar o recém-nascido para “ocultar a desonra” de tê-lo gerado sem os laços do matrimônio ou por conta de adultério. Não aceitamos, no entanto, a inclusão de parentes próximos do recém-nascido como agentes do delito, pois se trata de “desonra própria” – que somente é concernente aos pais.

48-A. Elemento subjetivo: exige-se apenas o dolo de perigo, embora, neste caso, acrescido da finalidade específica exigida pelo tipo: “para ocultar desonra própria”. É o elemento subjetivo do tipo específico ou dolo específico, para a doutrina tradicional.

49. Conceito de recém-nascido: estritamente falando, recém-nascido é o ser humano que acabou de nascer com vida, ou seja, que finalizou o parto com vida extra-uterina caracterizada pela instalação da respiração pulmonar. Entretanto, o alcance deste tipo penal seria muito estreito, caso se aceitasse somente a figura da vítima que terminou de ser expulsa com vida do útero materno. Sabe-se que nos primeiros dias ainda se pode considerar a criança uma recém-nascida, de forma que preferimos esse critério, ainda que vago, mas a ser analisado concretamente pelo magistrado.

50. Objetos material e jurídico: o primeiro é o recém-nascido; o segundo é a proteção à vida e à saúde da pessoa humana.

51. Classificação: trata-se de crime próprio, nos pólos ativo e passivo (aquele que demanda sujeitos ativo e passivo qualificados ou especiais); de perigo concreto (o perigo deve ser investigado e provado), embora o tipo penal não faça expressa referência à sua existência. Deflui tal conclusão da análise dos núcleos do tipo – expor e abandonar –, que requerem, de alguma forma, o surgimento de uma situação diversa da anterior, isto é, o nascimento do perigo; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso; instantâneo de efeitos permanentes (o resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo, mas os efeitos do crime dão a impressão de que ele ainda se encontra em fase de consumação); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma comissiva.

52. Formas preterdolosas: os §§ 1.º (resultando lesão corporal grave) e 2.º (resultando morte) somente podem advir a

título de culpa, pois o dolo de perigo, ínsito à conduta original, é incompatível com o dolo de dano (relacionado aos resultados mais graves).

Omissão de socorro

Art. 135. Deixar⁵³ de prestar assistência,⁵⁴⁻⁵⁵ quando possível fazê-lo sem risco pessoal,⁵⁶⁻⁵⁷ à criança abandonada ou extraviada,⁵⁸ ou à pessoa inválida ou ferida,⁵⁹ ao desamparo⁶⁰ ou em grave e iminente perigo,⁶¹⁻⁶² ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.⁶³⁻⁶⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/2 (metade), se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.⁶⁶

53. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa no caso do pólo ativo, necessitando tratar-se de pessoa inválida ou ferida em situação de desamparo ou pessoa em grave perigo, bem como de criança abandonada ou extraviada, no pólo passivo.

54. Análise dos núcleos do tipo: a) *deixar* significa abandonar, largar, soltar. No caso presente, deixar de prestar assistência quer dizer não prestar socorro. Daí a rubrica do tipo penal ser *omissão de socorro*; b) *pedir* significa solicitar, exigir, requerer. No sentido do texto, quer dizer acionar a autoridade pública competente para que preste o socorro devido. Ora, quem não comunica à autoridade uma ocorrência que demande a sua pronta interferência está, também, omitindo socorro. A ordem de utilização dos núcleos é bem clara: em primeiro lugar, podendo fazê-lo sem risco pessoal, deve o sujeito prestar socorro à vítima; não conseguindo prestar a assistência necessária ou estando em risco pessoal, deve chamar a autoridade pública. O

se tratar de perigo gerado pelo condutor de veículo automotor, que deixa de socorrer a vítima, configura-se a hipótese especial do art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro.

54-A. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

55. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que deixa de ser atendida diante da omissão do agente, sofrendo, com isso, o efeito direto da conduta criminosa; o objeto jurídico divide-se em proteção à vida e à saúde da pessoa humana. Não concordamos com a posição adotada pela doutrina de que o objeto jurídico tutelado por este crime é a solidariedade humana. Ora, acima disso está a proteção à vida e à saúde, verdadeiros bens tutelados por este e pelos outros delitos deste capítulo. Não fosse assim e qualquer pessoa que ignorasse o pedido de socorro de alguém seria, automaticamente, sujeito ativo do crime de omissão de socorro, ainda que o ferido tenha sido, a tempo, socorrido por terceiros, o que não acontece. Embora inegável que ele faltou com seu dever de solidariedade, não chegou a colocar em risco a vida ou a saúde da vítima, pois foi esta socorrida por outras pessoas, não se configurando o crime de omissão de socorro.

56. Elemento normativo: cuida-se da expressão “quando possível fazê-lo sem risco pessoal”. A lei não deseja – e não pode exigir – que uma pessoa coloque a sua segurança em risco para salvar outra de qualquer tipo de apuro. Aliás, outra não é a mensagem contida na excludente do estado de necessidade (art. 24, CP), que admite o perecimento de um bem jurídico para salvar outro de valor igual ou superior. Portanto, se um indivíduo está ferido ou desamparado em um local de difícil acesso, como ocorre em escombros de desabamento, não se pode

exigir de alguém que ingresse no lugar, podendo ser vítima de igual desmoronamento. Nesta situação, o caminho indicado pela própria lei, ao prever dois núcleos do tipo, é chamar o socorro da autoridade pública. Por isso, a expressão ora analisada refere-se unicamente à primeira parte do artigo. Frise-se, no entanto, que o “risco pessoal” é inerente à integridade física do indivíduo, e não se relaciona a prejuízos de ordem material ou moral. Ex.: aquele que não presta socorro a pessoa ferida porque teme estragar o estofamento do seu veículo pelo derrame de sangue não escapa à punição.

57. Análise dos casos médicos: não é aceitável, nem desculpa válida, que médicos deixem de socorrer pessoas feridas de um modo geral alegando não estar em horário de serviço ou que a pessoa não pode efetuar o pagamento de seus honorários, nem tampouco que não há convênio médico com o hospital onde trabalha ou inexistente vaga. Devem responder pelo delito de omissão de socorro, pois em grande parte das vezes estão em lugar próprio para prestar a assistência (hospitais, por exemplo), têm o conhecimento técnico para tanto e não há qualquer risco pessoal para invocar como escusa.

58. Criança abandonada ou extraviada: *criança* é um termo que não encontra unanimidade de interpretação na doutrina e na jurisprudência. Entendemos, no entanto, na esteira do preceituado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que é toda pessoa humana até 12 anos incompletos. Logicamente, é indispensável, para configurar o tipo penal do art. 135, que a criança não saiba se defender no local onde se encontra. Uma criança que vive na rua habitualmente, por exemplo, não preenche a figura do sujeito passivo, até mesmo porque não foi abandonada ou extraviada

nesse local. Vive dessa forma por falta de condições materiais fornecidas pelo Estado ou pela sua própria família, apesar de saber se defender e se “virar” nesse ambiente, que, no entanto, pode ser completamente hostil a outro infante perdido, acostumado ao constante amparo familiar. Este último corre perigo, pois não tem a menor noção de como fazer para livrar-se da situação inusitada, enquanto o outro sabe perfeitamente aonde ir, nem sequer admitindo auxílio ou amparo de terceiros. Além disso, é conveniente fixar a diferença existente entre criança *abandonada* e *extraviada*: a primeira foi largada à própria sorte por seu responsável, enquanto a segunda perdeu-se, desligou-se de seu protetor por acaso.

59. Pessoa inválida ou ferida: inválida é a pessoa deficiente, física ou mentalmente, em decorrência da idade avançada ou de doença, não mais possuidora da capacidade de se defender; ferida é a pessoa que sofreu alguma lesão corporal.

60. Desamparo: é elemento normativo que exprime a idéia de abandono, falta de assistência. Portanto, para a concretização desta figura típica é curial existir pessoa inválida ou ferida, que esteja largada à própria sorte ou sem a assistência devida. Logo, não é unicamente um problema de solidariedade humana que este crime quer resolver, mas sim uma situação concreta de perigo à vida ou à saúde de pessoas.

61. Pessoa em grave e iminente perigo: já tivemos oportunidade de expor anteriormente (ver comentários ao art. 132) que o legislador foi infeliz ao utilizar a expressão “perigo iminente”, pois o perigo interessante aos delitos previstos neste capítulo é o atual, vale dizer, o que coloca a vítima em risco iminente de dano. Perigo iminente é uma situação obscura e impalpável, incompatível com a segurança almejada

pelo tipo penal (princípio da reserva legal). Portanto, sustentamos que, neste caso, é preciso que qualquer pessoa, mesmo saudável física e mentalmente, esteja correndo risco iminente e sério à sua vida ou à sua saúde. Uma pessoa que corte superficialmente o dedo, ainda que esteja ferida e em perigo, até que promova o devido curativo, não pode ser sujeito passivo deste delito, pois o risco iminente de dano que está correndo é mínimo, ou seja, leve. De outra parte, um indivíduo que se coloca na linha do trem, desmaiado, pretendendo matar-se, está em grave e atual perigo, merecendo o amparo de terceiros.

62. Vítima que recusa ajuda: não se pode compreender esteja configurado o delito em toda e qualquer hipótese, sob o pretexto de ser a “solidariedade humana” algo irrenunciável. Em primeiro lugar, cremos não ser a solidariedade o objeto jurídico do crime de omissão de socorro, e, sim, a proteção à vida e à saúde de pessoa humana, que, na maioria das vezes, são bens irrenunciáveis. Portanto, se a situação configurar hipótese de vítima consciente e lúcida que, pretendendo buscar socorro sozinha, recusar o auxílio oferecido por terceiros, não se pode admitir a configuração do tipo penal. Seria por demais esdrúxulo fazer com que alguém constanja fisicamente uma pessoa ferida, por exemplo, a permitir seja socorrida, podendo daí resultar maiores lesões e conseqüências. Entretanto, se um ferido moribundo balbucia que não deseja ser socorrido, porque deseja morrer, é obrigação de quem por ele passar prestar-lhe auxílio, tendo em vista que a vida é bem irrenunciável e está em nítido perigo.

63. Autoridade pública: não é qualquer “autoridade pública”, ou seja, funcionário do Estado que tem a obrigação de atender aos pedidos de socorro. Por outro

lado, é dever de quem aciona a autoridade buscar quem realmente pode prestar assistência. Muito fácil seria, para alguém se desvincular do dever de buscar ajuda concreta, ligar, por exemplo, para a casa de um Promotor de Justiça – que não tem essa função pública – dizendo que há um ferido no meio da rua, aguardando socorro. É curial que o indivíduo acione os órgãos competentes, como a polícia ou os bombeiros.

64. Análise especial do fator “perigo”: não se pode aceitar a posição dos penalistas que sustentam serem de perigo abstrato todas as figuras deste tipo penal, exceto aquela concernente à pessoa em “grave e iminente perigo”, que seria de perigo concreto. Cremos que todas as formas deste tipo penal espelham situações de perigo concreto, que se exige seja devidamente investigado e provado. Não é qualquer criança abandonada ou extraviada que está em perigo – ainda que se trate de infante superprotegido pela família. Pode ocorrer, o que não é raro nos dias atuais, que a criança, pela sua própria vivacidade, não encontrando imediato socorro de terceiros, encontre, sozinha, o caminho de sua casa ou do local onde se encontram seus pais. Nessa situação, ainda que esteja, inicialmente, perdida, por exemplo, salvou-se sozinha e nenhum perigo concreto adveio. Punir quem lhe negou auxílio é pura responsabilidade penal sem nexo com o resultado produzido, visto que nenhum risco ocorreu à sua integridade. No mesmo caso estão os demais (inválido ou ferido) que tenham encontrado meios de solucionar os seus respectivos problemas. Quando o tipo penal faz nítida referência à expressão “sem risco pessoal” (que vale para todas as situações), está indicando que o perigo há de ser concreto, pois o perigo presumido nem sempre espelha situação de risco de dano iminente.

Além disso, não é por mero acaso que a lei iguala, no mesmo escudo protetor, a criança abandonada ou extraviada, a pessoa inválida ou ferida desamparada e a pessoa saudável em *grave e iminente perigo*. Ora, todos, em última análise, estão no mesmo patamar: precisam sofrer um perigo concreto.

65. Classificação: trata-se de crime comum, quanto ao agente (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial), embora exija sujeito passivo especial; de perigo concreto, como exposto em item destacado; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (“deixar de...” e “não pedir” implicam eminação); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente; não admite tentativa, porque somente encontra previsão na forma omissiva.

66. Figuras preterdolosas: se houver, como resultado da omissão de socorro, lesão corporal grave ou morte para a vítima, a pena será consideravelmente aumentada. Entretanto, somente se admite a presença da culpa no resultado mais gravoso, pois o dolo de perigo – existente na conduta original – é incompatível com o dolo de dano.

Maus-tratos

Art. 136. Expor⁶⁷ a perigo a vida ou a saúde⁶⁸ de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância,⁶⁹ para fim de educação⁷⁰, ensino⁷¹, tratamento⁷² ou custódia,⁷³⁻⁷⁴ quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis,⁷⁵ quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado,⁷⁶ quer abusando de meios de correção ou disciplina:⁷⁷⁻⁷⁹

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:⁸⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.⁸¹

§ 3.º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço), se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos.⁸²⁻⁸³

67. Análise do tipo penal: *expor*, neste contexto, significa colocar em risco, sujeitar alguém a uma situação que inspira cuidado, sob pena de sofrer um mal. A despeito de existir um único verbo no preceito descritivo, o tipo é misto alternativo, ou seja, o agente pode praticar uma única conduta (*expor a perigo a vida ou a saúde da vítima privando-a de alimentação*) ou várias (*privar da alimentação, privar dos cuidados indispensáveis, sujeitá-la a trabalho excessivo, sujeitá-la a trabalho inadequado, abusar dos meios de correção, abusar dos meios de disciplina*), porque o delito será único. É evidente que, havendo mais de uma conduta, o juiz pode levar tal situação em conta para a fixação da pena. Por outro lado, é preciso destacar que tudo gira em torno da finalidade especial do agente, como se evidência na nota 69 seguinte, tratando do elemento subjetivo do tipo específico, de ter alguém sob sua autoridade, guarda ou vigilância, maltratando-a. Por isso, o tipo faz referência ao que pode ser usado para esses objetivos, mencionando a privação da alimentação ou dos cuidados indispensáveis e a sujeição a trabalho excessivo ou inadequado. Depois, segundo cremos, generaliza, citando o “abuso dos meios de correção ou disciplina”.

68. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre os maus-tratos, enquanto o objeto jurídico é

justamente a proteção à vida e à saúde do ser humano. Visa-se, com este tipo penal, evitar os castigos imoderados aplicados pelos pais ou responsáveis em relação aos filhos.

69. Sujeitos ativo e passivo: são ambos qualificados. O agente necessita ser pessoa responsável por outra, que é mantida sob sua autoridade, guarda ou vigilância, de acordo com a lei. Não pode ser a esposa, pois o marido não é pessoa que a tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância. Entretanto, se ela for submetida a maus-tratos, pode configurar-se o crime do art. 132.

70. Conceito de educação: trata-se do processo de desenvolvimento intelectual, moral e físico do ser humano, permitindo-lhe melhor integração social e aperfeiçoamento individual. Ex.: a relação estabelecida entre o tutor e o tutelado.

71. Conceito de ensino: é a transmissão dos conhecimentos indispensáveis ao processo educacional. Ex.: a relação estabelecida entre o professor e o aluno.

72. Conceito de tratamento: é o processo de cura de enfermidades. Para Hungria, abrange também o “fato continuado de prover a subsistência de uma pessoa” (*Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 450), o que está de acordo com o espírito deste artigo.

73. Conceito de custódia: significa dar proteção a algo ou alguém. Envolve, na precisa lição de Hungria, a detenção de uma pessoa para fim autorizado em lei (ob. cit., p. 450).

74. Elementos subjetivos do tipo: o crime somente é punido se houver dolo, direto ou eventual, embora o tipo penal exija, especificamente, uma finalidade implícita, que é a “vontade consciente de maltratar o

sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou a saúde” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. V, p. 453). A previsão de estar o sujeito passivo sob autoridade, guarda ou vigilância “para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia” é apenas o motivo pelo qual a vítima se encontra à mercê do sujeito ativo, mas não é sua finalidade especial. Exige o delito o elemento subjetivo do tipo específico ou dolo específico.

75. Privação da alimentação ou dos cuidados indispensáveis: *privar* significa destituir, desapossar, retirar. Por isso, espera-se que a vítima deste delito tenha direito à alimentação para que possa ser dela “privada”. No mesmo sentido, “cuidados indispensáveis” são aqueles necessários para o bom desenvolvimento de quem está sendo educado, tratado ou custodiado por alguém. Tem a vítima direito de ser tratada com zelo e dedicação. Na interpretação dessas situações é preciso cautela e bom senso, pois somente o caso concreto irá delinear se a privação imposta – de alimentação ou de cuidados indispensáveis – colocou em perigo o ofendido. Um pai que deixe o filho desordeiro à mesa das refeições sem almoço ou jantar, para que possa emendar-se, estará privando o descendente de seu direito à alimentação, mas tal circunstância fará parte do exercício regular de direito, como meio de correção. Entretanto, caso aja dessa maneira reiteradas vezes, até debilitar a saúde do filho, estará incidindo no tipo penal. Por outro lado, em outro exemplo, a mãe que, para aplicar um corretivo ao filho mal-educado, porém doente, priva-o do remédio prescrito pelo médico, poderá, numa única conduta, expor sua vida ou sua saúde a perigo. Não se exige, nessas figuras, habitualidade, mas apenas a demonstração, na situação real, de que houve um perigo efetivo para a vítima. Por vezes, a privação da alimentação, para configurar o tipo penal,

pode exigir certa habitualidade, noutras, não. Um preso debilitado que tem uma refeição negada pelo carcereiro, como medida punitiva, pode sofrer um risco imediato à sua saúde.

76. Trabalho excessivo ou inadequado: excessivo é o trabalho exagerado, que compromete a vida e a saúde de alguém, não podendo ser educativo ou terapêutico. Inadequado é o trabalho impróprio para determinada pessoa, que não conseguirá desenvolvê-lo sem colocar em risco sua saúde ou sua vida. O trabalho em si, como se nota, não é condenado, mas sim os seus desmandos.

77. Abuso dos meios de correção e disciplina: *abusar* quer dizer usar em excesso ou de modo inconveniente, mas não uma proibição. Por isso, costuma-se mencionar o “abuso de direito”, demonstrando a perfeita ligação que pode haver entre o lícito (direito) e o ilícito (abuso), para evidenciar que o incorreto uso de um direito, em regra, constitui-se em proibição. O tipo penal em exame deixa claro o *exercício de direito* que envolve a tarefa de educar, ensinar, tratar ou custodiar alguém, valendo-se o agente de instrumentos de correção ou disciplina. O exagero, no entanto, configura o crime, uma vez que a própria excludente do art. 23, III, do Código Penal refere-se apenas ao “exercício regular de direito”, e não ao mero exercício de um direito. Por outro lado, *correção* difere de *disciplina*: utiliza-se um meio de correção quando alguém errou e precisa ser endireitado; usa-se o meio de disciplina para manter a ordem, evitando-se os erros.

78. Classificação: trata-se de crime próprio (demanda sujeitos ativo e passivo qualificados); de perigo concreto (há de se provar a existência do risco para a vida ou para a saúde de alguém); de forma vinculada

(a lei estabelece os modos pelos quais o crime pode ser cometido: privação da alimentação ou dos cuidados indispensáveis, sujeição a trabalho excessivo ou inadequado ou abuso dos meios de correção e disciplina); comissivo ou omissivo; instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), como regra, mas admite a forma permanente, tudo a depender do caso concreto e do modo de atuação do agente (STF HC 86.711-GO, 1.ª T., rel. Ricardo Lewandowski, 04.04.2006, v. u.); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de expor); admite tentativa na forma comissiva.

79. Nota particular sobre o caráter instantâneo do crime: há imensa divergência na doutrina acerca do caráter de instantaneidade ou permanência do delito de maus-tratos. Sustenta-se que apenas as duas primeiras figuras seriam permanentes (privação de alimentos ou cuidados indispensáveis), enquanto outros estendem essa característica para as outras duas (sujeição a trabalho excessivo ou inadequado). Chega-se, inclusive, a demandar deste tipo penal *habitualidade*. Creemos que todas as figuras são instantâneas, o que se verifica pelo núcleo do tipo “expor”. Basta que o agente, por meio de uma única conduta, consiga colocar em perigo a vida ou a saúde alheia: estará consumado o crime, em qualquer uma das formas. Ainda que continue sua conduta (privando o ofendido da alimentação, sujeitando-o a trabalho exagerado ou mesmo agredindo-o diariamente), não estará ainda em fase de consumação, mas de mero exaurimento. Tal situação deve ser levada em conta pelo juiz na fixação da pena, o que não transmuta o caráter do delito de instantâneo para permanente. Aliás, uma das características principais da permanência é o agente poder, valendo-se da

sua vontade, fazer cessar o prolongamento da consumação. O bem jurídico protegido geralmente, nesses casos, é imaterial. É o que ocorre no cárcere privado: enquanto a liberdade está sendo cerceada, o delito está em franca consumação, sendo o agente o senhor da sua paralisação. Devolvendo a vítima à liberdade, cessa a permanência, pois o bem jurídico deixou de ser constrangido, embora o delito esteja consumado. Não se pode dizer o mesmo de nenhuma figura do art. 136, inclusive da privação da alimentação. Quando esta privação ocorre em grau suficiente para provocar o risco de dano iminente (perigo à vida ou à saúde), não é o simples fato de o agente tornar a alimentar a vítima que restitui o bem jurídico tutelado à sua inteireza, nem tampouco depende da sua vontade fazer cessar a existência dos maus-tratos. O crime pode até ter ares de permanência, qualificando-se, conforme a situação fática, em “instantâneo de efeitos permanentes”, mas não se pode aceitá-lo como permanente.

80. Figuras preterdolosas: tendo em vista que a conduta original – maus-tratos – é constituída pelo dolo de perigo, não se concebe, por absoluta incompatibilidade lógica, que no resultado qualificador (lesão grave ou morte) haja dolo de dano. Assim, para compor os §§ 1.º e 2.º demanda-se a existência unicamente de culpa.

81. Tipos penais previstos em legislação especial: quando leis específicas previrem figuras típicas semelhantes ao delito de maus-tratos, deve-se resolver o conflito aparente de normas através do emprego do princípio da especialidade, isto é, aplica-se a lei especial em detrimento do Código Penal, que é norma geral. É o que ocorre com o art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame

ou a constrangimento. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”) e com o art. 1.º da Lei 9.455/97, que definiu os crimes de tortura (“Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. § 1.º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal. § 2.º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos”).

82. Aplicação da causa de aumento: demonstra a especial preocupação do legislador com todas as formas de violência que a sociedade adulta pode praticar contra o menor de 14 anos, pessoa ainda de pouca idade, incapaz de absorver rapidamente o dano potencial ou efetivo que lhe foi imposto. Merece, pois, maior punição o agente.

83. Aplicação de agravantes: conforme o caso, não se deve fazer incidir, sob pena de *bis in idem*, as agravantes do art. 61, II, *e*, *f*, *g* e *h*. Em regra, as relações estabelecidas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo já fazem parte do tipo penal do art. 136. Assim, o estar sob autoridade, guarda ou vigilância dificilmente possibilita a aplicação das

referidas agravantes. As relações familiares entre pais e filhos por si sós podem constituir “autoridade, guarda ou vigilância”, de modo que não há cabimento em imputar ao pai que castiga severamente o filho o delito do art. 136 em combinação com o art. 61, II, *e*, pois estar-se-ia punindo o agente duas vezes pela mesma situação fático-jurídica. No tocante ao cônjuge, nem estaria configurado o art. 136, pois a esposa não está sob autoridade, guarda ou vigilância do marido e vice-versa. Quanto aos irmãos, depende do caso concreto (irmãos da mesma idade ou um maior que cuida, legalmente, de outro menor?) para se afirmar existir relação de subordinação entre um e outro. Havendo a relação especial de guarda, por exemplo, já não é caso de se imputar a agravante de delito praticado contra irmão, porque foi justamente o que propiciou a tipificação do crime de maus-tratos. O mesmo se diga do abuso de autoridade (tutor/tutelado, curador/curatelado etc.) e do abuso de poder (diretor do presídio/preso). A agravante que protege, especialmente, a criança, o velho, o enfermo ou a mulher grávida pode levar à mesma situação já exposta. Se a criança é filha ou tutelada do autor, já foi utilizado tal fato para a tipificação dos maus-tratos, não merecendo a utilização da mesma circunstância novamente para tornar mais grave a pena. As agravantes do art. 61 são nitidamente subsidiárias, ou seja, somente incidem quando o tipo não as prevê, de qualquer modo, no seu preceito descritivo.

Capítulo IV DA RIXA

Rixa

Art. 137. Participar¹⁻³ de rixa,⁴ salvo para separar os contendores.⁵⁻⁶

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.⁷

1. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa, embora, no caso peculiar da rixa, sejam todos agentes e vítimas ao mesmo tempo. Admite-se que haja, entre os contendores, para a tipificação deste delito, inimputáveis. O fato de o contendor ser ou não culpável não afasta a possibilidade real de estar havendo uma desordem generalizada com troca de agressões.

2. Elemento subjetivo do tipo: exige-se dolo de perigo, consistente na vontade de tomar parte da rixa, conhecendo os perigos que essa conduta pode trazer para a incolumidade física de todos os envolvidos. Requer o elemento subjetivo específico implícito, consistente no *animus rixandi*. Não se pune a forma culposa. Como bem esclarece Paulo José da Costa Júnior: “Não haverá o crime se se tratar de rixa simulada (*animus jocandi*), ou culposa, resultante da imprudência dos co-partícipes” (*Comentários ao Código Penal*, p. 416).

3. Objetos material e jurídico: o material é a pessoa que sofre a conduta criminosa (neste caso, mais de uma); o jurídico é a incolumidade da pessoa humana.

4. Análise do tipo penal: trata-se de um tipo aberto, especialmente pelo conceito de “rixas”, não fornecido pela lei, dependendo, pois, da interpretação do juiz. *Participar* significa associar-se ou tomar parte, enquanto *rixas* é uma briga, uma desordem ou um motim, caracterizada, neste contexto, pela existência de, pelo menos, três pessoas valendo-se de agressões mútuas de ordem

material (e não meramente verbais), adrede preparadas ou surgidas de improviso. “As violências, empurrões, punhaladas, disparo de armas, pedradas e golpes podem ser recíprocos, ou seja, deve haver luta na qual ninguém atua passivamente, pois, do contrário, haveria agressão de um ou vários contra um ou vários e poderia ser o caso de legítima defesa” (cf. Ricardo Levene, *El delito de homicidio*, p. 293). Por outro lado, não seria crível que uma briga somente entre duas pessoas caracterizasse a rixa, pois iríamos tratá-la como uma luta comum, situada no contexto da lesão corporal – que pode até ser recíproca; ou das vias de fato, além do que o tipo do art. 137 menciona, ao final, “salvo para separar os contendores” (no plural), demonstrando que há, ao menos, duas pessoas lutando e um terceiro que pode ingressar, instaurando-se uma “rixas”, ou que pode ingressar para separar os rivais, constituindo fato atípico. Acrescente-se a isso que não pode existir vítima certa, ou seja, três pessoas contra uma, pois não se está diante de confusão generalizada, vale dizer, de rixa. Portanto, havendo individualização nítida de condutas, não há mais a figura do crime do art. 137.

5. Crime de perigo: é tão restrita a aplicação do tipo penal, como vimos acima, valendo unicamente para uma confusão generalizada em que pessoas se agridem sem objetivo certo, desferindo socos, pontapés ou simplesmente atirando objetos, que não se pode qualificá-lo como delito de dano. Este pressupõe uma intenção individualizada de ferir ou matar alguém, desnaturando a rixa. Por isso, o que o legislador teve em mente foi punir aquele que ingressa numa contenda para fomentar o perigo latente existente em brigas físicas de um modo geral, ao invés de valer-se do bom senso de separar os opositores. Trata-se de perigo abstrato. Pressupõe a lei penal que a singela

inserção na rixa é perigosa, de modo que não necessita provar, a acusação, a situação de risco efetivo de dano. É importante observar que a pena é leve (detenção de 15 [quinze] dias a 2 [dois] meses, ou multa), incompatível com a pena destinada a quem quer ferir alguém e consegue. Por isso, havendo lesão corporal ou morte, identificado o autor de uma ou de outra, haverá punição pelo delito de dano em concurso com o de perigo. Em tese, pode haver uma confusão generalizada da qual somente emerge a identificação da agressão dirigida de “A” contra “B”, enquanto vários outros surraram e apanharam, mas sem se individualizarem condutas. “A” responde pelo que fez contra “B” (lesões corporais ou tentativa de homicídio), além da rixa, enquanto os demais se sujeitam unicamente ao crime de rixa. Por derradeiro, deve-se ressaltar que, ocorrendo exclusivamente “vias de fato”, a contravenção fica absorvida pelo crime de rixa, que é mais grave e, igualmente, de perigo.

6. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de perigo abstrato (não há necessidade de ser investigado e provado o perigo efetivo, pois é presumido pela lei); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); plurissubjetivo (que somente pode ser praticado por mais de duas pessoas); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de participar); admite tentativa na hipótese da rixa ser preordenada (quando surge de improviso é impossível haver *iter criminis* definido). Apesar de ser crime plurissub-

jetivo (de concurso necessário), admite participação, ou seja, a presença de um indivíduo que, sem tomar parte na rixa, fica de fora incentivando os demais. Ver a diferença entre co-autoria e participação nos comentários ao art. 29.

7. Figura preterdolosa: havendo dolo de perigo na conduta original, somente se configura este resultado qualificador (existência de morte ou lesão corporal grave) quando houver culpa, visto que o dolo de dano é incompatível com o anterior. Aliás, é mais um demonstrativo de que a rixa é somente um delito de perigo. Neste caso, se uma pessoa morreu, mas não se apurou a autoria do homicídio, ocorre a punição pela simples participação na briga geral, levando os contendores a responder por rixa qualificada. Entretanto, se foi identificado o autor da morte, este deve responder pelo crime de dano (homicídio) em concurso material com rixa qualificada. O ponto que impede a absorção do crime de perigo (rixar) pelo de dano (homicídio) é que existem outras vítimas do primeiro – afinal, trata-se de um delito plurissubjetivo. Há sempre alguém que sofreu agressão, não se identificando o seu autor. Caso todos os autores sejam individualizados, não há mais rixa, e sim um mero concurso de crimes e, eventualmente, de pessoas (como ocorre em brigas de gangues rivais).

Capítulo V

DOS CRIMES CONTRA A HONRA¹⁻³

1. Conceito de honra: é a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral; enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.

Essa apreciação envolve sempre aspectos positivos ou virtudes do ser humano, sendo incompatível com defeitos e más posturas, embora não se trate de um conceito absoluto, ou seja, uma pessoa, por pior conduta que possua em determinado aspecto, pode manter-se *honrada* em outras facetas da sua vida. Honra não pode ser, pois, um conceito fechado, mas sempre dependente do caso concreto e do ângulo que se está adotando. Não é demais ressaltar que sua importância está vinculada à estima de que gozam as pessoas dignas e probas no seio da comunidade onde vivem. E quem é estimado e respeitado por sua figura e por seus atos encontra paz interior, tornando-se mais feliz e equilibrado para comportar-se de acordo com os mandamentos jurídicos. Justamente por isso, o direito garante e protege a honra, visto que, sem ela, os homens estariam desguarnecidos de amor-próprio, tornando-se vítimas frágeis dos comportamentos desregrados e desonestos, passíveis de romper qualquer tipo de tranquilidade social. A Constituição Federal, em seu art. 5.º, X, menciona, expressamente, serem invioláveis a *honra* e a *imagem* das pessoas. Honra é, portanto, um direito fundamental do ser humano, protegido constitucional e penalmente. A imagem, por seu turno, decorre da honra, visto que se liga à auto-estima e ao conceito social de que goza o indivíduo na comunidade onde habita. Note-se, nesse prisma, a definição esposada por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior quanto ao tema: “A imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social”. É o que chamam de imagem-atributo, portanto, de certa forma ligada à honra (*Curso de direito constitucional*, p. 97).

2. Honra objetiva e honra subjetiva: diferem-se, com propriedade, as noções de

honra objetiva e honra subjetiva, pois dizem respeito a diversos aspectos da integridade, reputação e bom conceito da pessoa. Honra objetiva é o julgamento que a sociedade faz do indivíduo, vale dizer, é a imagem que a pessoa possui no seio social. Tendo em vista, como exposto no item anterior, que honra é sempre uma apreciação positiva, a honra objetiva é a boa imagem que o sujeito possui diante de terceiros. Honra subjetiva é o julgamento que o indivíduo faz de si mesmo, ou seja, é um sentimento de auto-estima, de auto-imagem. É inequívoco que cada ser humano tem uma opinião afirmativa e construtiva de si mesmo, considerando-se honesto, trabalhador, responsável, inteligente, bonito, leal, entre outros atributos. Trata-se de um senso ligado à dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou ao decoro (correção moral).

3. Honra comum e honra especial: há quem diferencie a honra comum—inerte a todas as pessoas—da honra especial—relativa a certos grupos sociais ou a determinados indivíduos com seus específicos misteres. Preferimos acreditar que a honra é apenas um conceito aberto, admitindo variações conforme a pessoa e o lugar onde ela se encontra. Dizer que chamar um militar de *covarde* faz parte da honra especial e chamar uma pessoa comum de *burra* diz respeito à honra comum é apenas uma tentativa de classificar os diversos aspectos do mesmo fenômeno, isto é, conforme o momento, o local e o cenário, a pecha atribuída a alguém pode surtir efeito ou não. E mais: pode surtir maior ou menor efeito. Uma pessoa alistada no exército contra a sua vontade pode não considerar o chamamento *covarde* uma ofensa, justamente porque detesta a sua atual condição de militar. De outra sorte, em que pese ser atributo positivo de todos a *inteligência*, chamar um cientista de *burro* pode soar muito mais forte do

que representaria a um trabalhador rural em sua atividade mecânica de colheita. Assim, consideramos que inexistia distinção entre *honra comum* e *honra especial*, mas tão-somente um conceito aberto de honra, que ganha contornos especiais de acordo com a específica situação vivenciada pela vítima.

Calúnia

Art. 138. Caluniar⁴ alguém,⁵⁻⁷ imputando-lhe falsamente⁸⁻⁹ fato¹⁰⁻¹¹ definido como crime.¹²⁻¹⁵

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.¹⁶

§ 2.º É punível a calúnia contra os mortos.¹⁷

Exceção da verdade

§ 3.º Admite-se a prova da verdade, salvo.¹⁸

I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;¹⁹

II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141;²⁰

III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.²¹

4. Análise do núcleo do tipo: caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no seio social. Possui, pois, um significado particularmente ligado à difamação. Creemos que o conceito tornou-se eminentemente jurídico, porque o Código Penal exige que a acusação falsa realizada diga respeito a um fato definido como crime. Portanto, a redação feita no art. 138 foi propositadamente repetitiva

(fala duas vezes em “atribuir”: caluniar significa atribuir e imputar também significa atribuir). Melhor seria ter nomeado o crime como sendo “calúnia”, descrevendo o modelo legal de conduta da seguinte forma: “Atribuir a alguém, falsamente, fato definido como crime”. Isto é caluniar. Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é do que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime.

5. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa. No pólo ativo, somente a pessoa humana. No pólo passivo, diante da Lei 9.605/98, que prevê a possibilidade de a pessoa jurídica delinquir, pode-se considerar também esta pessoa, embora apenas em casos relativos a crimes contra o meio ambiente.

5-A. Pessoa humana ou jurídica como sujeito passivo: há doutrina e jurisprudência sustentando que somente a pessoa humana pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra. O argumento principal consiste no fato de que esses delitos estão inseridos no contexto dos crimes contra a *pessoa*, traduzindo-se o termo *alguém* exclusivamente como pessoa humana. Ora, com a devida vênia, não vislumbramos razoabilidade nisso. Primeiramente, é preciso destacar que, conforme o tipo penal, o termo *alguém* pode ser considerado apenas como a pessoa humana, como ocorre com o homicídio, embora em outros casos, como acontece com a calúnia ou a difamação, seja possível considerar também a pessoa jurídica. Em segundo lugar, não é porque os tipos penais dos crimes contra a honra estão inseridos no título dos delitos contra a pessoa que, necessariamente, devem voltar-se à proteção de pessoas físicas. Os

crimes de violação de domicílio, violação de segredo profissional, violação de correspondência, entre outros, estão inseridos no mesmo título, mas podem ter como sujeito passivo a pessoa jurídica.

6. Inimputáveis e pessoas mortas: os primeiros podem ser sujeitos passivos do crime de calúnia porque a lei fala em atribuir a prática de “*fato* definido como crime”, e não singelamente na atribuição de “*crime*”. Há figuras típicas (fatos) passíveis de serem praticadas por menores e loucos – como o homicídio, por exemplo –, embora não sejam crimes por lhes faltar o indispensável elemento, que é a culpabilidade. Quanto aos mortos, admite-se que sejam incluídos no pólo passivo porque há *expressa* determinação legal (vide o § 2.º deste artigo). Levam-se em conta a memória e o respeito aos mortos.

7. Pessoas consideradas desonradas: trata-se de um conceito infundado. Em primeiro lugar, porque a honra, sendo um direito humano fundamental, é irrenunciável em gênero. É óbvio que, no caso concreto, pode o sujeito consentir com alguma ofensa, mas isso não significa que renunciou à proteção que o Estado destina à sua imagem. Por outro lado, é pura ficção argumentar que existem pessoas totalmente desonradas. É possível, como já dissemos, que em determinado contexto a pessoa não possa reclamar de certa ofensa, mas isso não quer dizer que, mudadas as circunstâncias fáticas ou de direito, não tenha direito à proteção penal.

8. Elemento normativo do tipo: é fundamental, para a existência de calúnia, que a imputação de fato definido como crime seja *falsa*. Caso seja verdadeira ou o autor da atribuição esteja em razoável dúvida, não se pode considerar preenchido o tipo penal do art. 138.

9. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa fale a outra de um fato falsamente atribuído a terceiro como crime, embora assim esteja agindo com *animus jocandi*, ou seja, fazendo uma brincadeira. Embora atitude de mau gosto, não se pode dizer tenha havido calúnia. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se “dolo específico”). Em contrário, afastando o elemento subjetivo específico: “Por si só, ou seja, por não ser mais que uma expressão de gracejo, esse *animus* não pode nem deve prevalecer como elemento descaracterizador da ofensa. É evidente. Se a pilhéria alcança o indivíduo, digamos, com o qualificativo de velhaco, isto não quer significar simplesmente que ele esteja livre de sofrer um dano, ainda que não haja intenção afrontosa. Em poucas palavras, a ninguém é dado o direito de atingir a honra alheia, a pretexto de fazer pilhéria, narrar fato, corrigir ou aconselhar, e depois pretender que na sua conduta não havia o menor intuito de ofensa. No caso, o que deve ser considerado é o dano que a pessoa visada venha a sofrer” (Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais* (doutrina – legislação – jurisprudência), p. 41).

10. Atribuição de fato: costuma-se confundir um mero xingamento com uma calúnia. Dizer que uma pessoa é “estelionatária”, ainda que falso, não significa estar havendo uma calúnia, mas sim uma injúria. O tipo penal do art. 138 exige a imputação

de *fato* criminoso, o que significa dizer que “no dia tal, às tantas horas, na loja Z, o indivíduo emitiu um cheque sem provisão de fundos”. Sendo falso esse *fato*, configura-se a calúnia.

11. Atribuição de fato e não de tipo penal incriminador: não basta, para a configuração do crime de calúnia, imputar a alguém a prática de um “homicídio” ou de um “roubo”, por exemplo, sendo necessário que o agente narre um fato, ou seja, uma situação específica, contendo autor, situação e objeto, como mencionado na nota anterior. Nessa linha: STF: “Por atipicidade do fato, a Turma rejeitou queixa-crime ajuizada por magistrado estadual contra promotor de justiça, a quem se imputava a prática de crimes contra a honra, consistentes no oferecimento de representação à corregedoria eleitoral do Estado, em que sugeria o comprometimento da independência funcional do querelante para o exercício da judicatura eleitoral, em razão de sua esposa exercer cargo comissionado no Poder Legislativo da mesma unidade da federação. Preliminarmente, afirmou-se a competência do STF para conhecer originariamente do pedido (CF, art. 102, I, *n*), haja vista que três dos sete desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça local declararam-se impedidos, pois foram arrolados como testemunhas do querelado e que juiz convocado reputara-se suspeito por motivo de foro íntimo. *No mérito, considerou-se que o querelado não imputara ao querelante o cometimento de fato específico em relação a sua atuação concreta enquanto magistrado.* Além disso, salientou-se que a esfera penal não seria o ambiente adequado para o exame de eventual excesso na conduta funcional do querelado” (AO 1402-RR, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 19.9.2006, *Informativo* 441, grifamos). STJ: “Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário

impetrado pela OAB em favor de advogada, ora paciente, inscrita em seus quadros que fora denunciada pela prática, em tese, das condutas tipificadas nos arts. 138 (duas vezes) e 140, ambos c/c 141, II, e 331, todos do CP, em virtude de ter adentrado a sala de audiência, presidida por magistrado, com trabalhos ainda em curso referentes a outro processo do qual a paciente não era advogada regularmente constituída. Interrompeu a referida audiência, jogou petição sobre a mesa do juiz e lhe exigiu despacho imediato. Diante da recusa do magistrado, atribuiu a ele a prática do crime de prevaricação e abuso de autoridade. Alega a impetrante, em síntese, carência de justa causa para a ação penal, aduzindo, para tanto, que as condutas imputadas à paciente são atípicas, pois se deram no exercício legal da advocacia e, ainda, por estarem acobertadas pela imunidade constitucional assegurada aos advogados no propósito de defesa de seus constituintes. Nesse contexto, a Turma concedeu, parcialmente, a ordem para trancar a ação penal tão-somente quanto ao crime de calúnia (por suposta imputação falsa do delito de prevaricação), sob argumento de não ter havido, in casu, imputação concreta da prática de prevaricação pelo magistrado, visto que a paciente, ao descrever os fatos, não declinou, como determina o tipo do art. 319 do CP, quais seriam os interesses ou sentimentos pessoais que o magistrado buscava satisfazer com sua ação. (...) Ressaltou-se que, quanto ao crime de calúnia com substrato em abuso de autoridade, o fato imputado ao magistrado não consiste tão-somente em ter recusado despacho à petição, mas sim tê-lo feito abusando de sua autoridade, constituindo, assim, a elementar da falsidade, imputação descrita na denúncia, não merecendo acolhimento a alegação de atipicidade objetiva e subjetiva da conduta. Precedentes citados do STF: HC 81.517-SP, DJ 14/6/2002; HC 69.085-RJ, DJ 26/3/1993;

do STJ: HC 20.648-AM, DJ 24/3/2003; RHC 9.847-BA, DJ 27/8/2001; RHC 9.778-RJ, DJ 5/2/2001, e RHC 9.277-PB, DJ 4/9/2000.” (HC 71.407-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 02.10.2008, grifamos). TJSP: “Para que se configure o delito de calúnia, é preciso que o agente impute fato determinado, não bastando a simples menção à denominação legal do tipo” (QC 304.862-3, 308.003-3, 308.006-3, 305.641-3, 308.000-3, 305.645-3, 305.648-3, 305.649-3, 308.004-3, 305.651-3, 308.005-3, 305.646-3, 308.002-3, 308.001-3, 308.849-3, 308.848-3, 309.965-3, 309.966-3, 309.967-3, 309.968-3, 309.969-3, 310.338-3, 310.884-3, 310.885-3, 310.886-3, 310.888-3, 310.889-3, 310.887-3, 310.890-3, 311.028-3, 311.029-3, 311.030-3, 311.031-3, 312.275-3, 312.276-3, 312.277-3 e 312.866-3, julgadas em conjunto, São Paulo/Registro, 5.^a C., rel. Dante Busana, 22.02.2001, v. u., *JUBI* 59/01). E mais: TACRIM-SP [atual TJSP]: “Calúnia. Inocorrência: é possível tipificar-se como injúria, mas não como calúnia a conduta do agente que afirma ter a vítima praticado ‘torpe tentativa de extorsão’, sem, contudo, esclarecer no que teria consistido essa tentativa de extorsão, uma vez que em tal hipótese o ofendido foi rotulado de ‘extorsionário’, sem que lhe fosse imputado um fato determinado” (Ap. 1.180.317/4-SP, 7.^a C., rel. Luiz Ambra, 09.12.1999, v. u.).

12. Objetos material e jurídico: materialmente, o objeto do crime é a honra e a imagem da pessoa, que sofrem com a conduta criminosa; juridicamente, dá-se o mesmo.

13. Contravenção penal: não pode haver calúnia ao se atribuir a terceiro, falsamente, a prática de contravenção, pois o tipo penal menciona unicamente *crime*. Trata-se de tipo penal incriminador, de in-

terpretação restritiva. Nesse caso, pode-se falar em difamação.

14. Consumação: justifica-se a aplicação integral da pena, portanto, considera-se o delito consumado quando a imputação falsa chega ao conhecimento de terceiro, que não a vítima. Basta uma pessoa estranha aos sujeitos ativo e passivo para se consumir a calúnia. Se a atribuição falsa de fato criminoso dirigir-se direta e exclusivamente à vítima, configura-se a injúria, pois ofendeu-se somente a honra subjetiva.

15. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“caluniar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de caluniar); admite tentativa, se for plurissubsistente.

16. Análise do segundo núcleo do tipo: há uma segunda figura, ainda considerada igualmente calúnia, que é propalar (espalhar, dar publicidade) ou divulgar (tornar conhecido de mais alguém). Entende-se que propalar é mais amplo do que divulgar, embora ambos dêem conhecimento do fato falsamente atribuído a terceiros que dele não tinham ciência.

17. Calúnia contra mortos: é natural que os mortos não tenham qualquer tipo de conduta, de modo que seria irreal supor

serem eles sujeitos ativos de fatos definidos como crimes. Entretanto, neste caso, preferiu o legislador considerar calúnia atribuir a um morto a prática de um crime (fazendo o agente menção à pessoa quando estava viva, evidentemente), para punir o desrespeito à memória das pessoas mortas, bem como preservar o sentimento da família.

18. Exceção da verdade: trata-se de um incidente processual, que é uma questão secundária refletida sobre o processo principal, merecendo solução antes da decisão da causa ser proferida. É uma forma de defesa indireta, através da qual o acusado de ter praticado calúnia pretende provar a veracidade do que alegou, demonstrando ser realmente autor de fato definido como crime o pretense ofendido. Em regra, pode o réu ou querelado assim agir porque se trata de interesse público apurar quem é o verdadeiro autor do crime. Imagine-se que Fulano diga ter Beltrano matado alguém em determinada ocasião, mas que o fato não foi devidamente apurado pela polícia. Caso Beltrano o processe, alegando ter sido vítima de calúnia, pode Fulano ingressar com a “exceção da verdade”, dizendo que pretende demonstrar a veracidade do alegado, pois o Estado tem interesse em conhecer a autoria do homicídio, crime de ação pública incondicionada. Além disso, se falou a verdade, não está preenchido o tipo penal (“imputar *falsamente* fato definido como crime”).

19. Vedação à exceção da verdade referente à ação privada: não pode o querelado ou réu ingressar com a exceção da verdade, pretendendo demonstrar a veracidade do que falou, quando o fato imputado à vítima constitua crime de ação privada e não houve condenação definitiva sobre o assunto. Note-se a situação: “A” atribui a “B” ter injuriado “C”. Este último

nada faz a respeito, ou seja, não processa “B”, ocorrendo a decadência. Não pode “A”, sendo processado por “B”, pretender provar a verdade do alegado, pois estaria substituindo-se a “C”, único legitimado a processar “B”. A única hipótese de “A” levantar a exceção da verdade seria no caso de “C” ter acionado “B”, conseguindo a sua condenação definitiva.

20. Vedação à exceção da verdade em razão da pessoa envolvida: não se admite a exceção da verdade quando a calúnia envolver o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro. Seria demais admitir que alguém, num singelo processo, pudesse envolver a figura do chefe do Executivo da nação, imputando-lhe e provando a prática de um delito. Sabe-se da complexidade constitucional para o processo criminal contra o Presidente da República – dependente de autorização da Câmara Federal e sujeito à competência originária do Supremo Tribunal Federal (crimes comuns) ou do Senado Federal (crimes de responsabilidade), conforme disposto no art. 86, *caput*, da Constituição –, de forma que não é concebível resolver-se a esse respeito numa ação penal comum. No tocante ao chefe de governo estrangeiro, a exceção da verdade contra ele oferecida seria totalmente inócua, pois estaria imune à nossa jurisdição, podendo causar um sério incidente diplomático. Em contrário, manifesta-se Vicente Greco Filho, afirmando que essas restrições foram revogadas pela Constituição Federal de 1988, “tendo em vista a plenitude do regime democrático, no qual a verdade não admite restrição à sua emergência, qualquer que seja a autoridade envolvida” (*Manual de processo penal*, p. 387).

21. Vedação à exceção da verdade por ter havido absolvição: é natural

que não possa haver exceção da verdade quando o assunto já foi debatido e julgado, em definitivo, pelo Poder Judiciário. No exemplo supramencionado, imagine-se que Fulano imputa a Beltrano a prática de um homicídio, mas Beltrano já foi julgado e absolvido por sentença com trânsito em julgado. Não se pode admitir que Fulano, acusado de calúnia, prove a verdade do que alegou, uma vez que estaria afrontando a coisa julgada.

Difamação

Art. 139. Difamar²² alguém,²³ imputando-lhe fato²⁴ ofensivo^{25-25-A} à sua reputação.²⁶⁻²⁹

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Exceção da verdade³⁰

Parágrafo único. A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

22. Análise do núcleo do tipo: difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação. Nesse caso, mais uma vez, o tipo penal foi propositadamente repetitivo. Difamar já significa imputar algo desairoso a outrem, embora a descrição abstrata feita pelo legislador tenha deixado claro que, no contexto do crime do art. 139, não se trata de qualquer fato inconveniente ou negativo, mas sim de *fato ofensivo à sua reputação*. Com isso, excluiu os fatos definidos como crime – que ficaram para o tipo penal da calúnia – bem como afastou qualquer vinculação à falsidade ou veracidade dos mesmos. Assim, difamar uma pessoa implica em divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos.

23. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa humana. No pólo passivo, pode-se considerar a possibilidade de ser sujeito passivo, além da pessoa humana, a jurídica, que goza de reputação no seio social. Não olvidemos que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 227, mencionando que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”, o que simboliza, em nosso entender, possuir ela renome a preservar, motivo pelo qual pode ser vítima de difamação. Além disso, registre-se o disposto no art. 21, § 1.º, *a*, da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) [artigo com eficácia suspensa pela ADPF 130-7], vedando a exceção da verdade, quando houver difamação, “se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou *contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública*” (grifamos). Consultar, ainda, a nota 5-A ao art. 138. No sentido que defendemos: STF: “A pessoa jurídica pode ser sujeito passivo do crime de difamação, não, porém, de injúria ou calúnia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal” (Inquérito 800, Pleno, rel. Carlos Velloso, 10.10.1994, v. u.). Salientemos que a decisão tomada pelo STF, não admitindo que a pessoa jurídica pudesse ser sujeito passivo do crime de calúnia deu-se antes da edição da Lei 9.605/98, que passou a prever a hipótese da pessoa jurídica ser autora de crime contra o meio ambiente. Logo, se ela pode ser autora de crime, é natural que possa ser caluniada. Na doutrina, admitem a pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de difamação: Luiz Régis Prado (*Comentários ao Código Penal*, p. 588); Paulo José da Costa Júnior (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 426); Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, v. 2, p. 354-355). Em contrário, não admitindo, em hipótese alguma, a pessoa jurídica como sujeito passivo dos crimes contra a honra: STJ: “Pela lei em

vigor, pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo dos crimes contra a honra previstos no Código Penal. A própria difamação, *ex vi legis* (art. 139 do Código Penal), só permite como sujeito passivo a criatura humana. Inexistindo qualquer norma que permita a extensão da incriminação, os crimes contra a pessoa (Título I do Código Penal) não incluem a pessoa jurídica no pólo passivo e, assim, especificamente, só protegem a honra das pessoas físicas (Precedentes)” (RHC 8.859-RJ, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 16.11.1999, v. u., *DJ* 13.12.1999, p. 161). Na doutrina, não admitem a inclusão da pessoa jurídica como sujeito passivo do crime de difamação, salientando que tal postura se deve apenas porque o delito está situado no título referente aos crimes contra a *pessoa* (traduzindo, pois, a física): Magalhães Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 127); Mirabete (*Código Penal interpretado*, p. 783).

24. Imputação de fato: é preciso que o agente faça referência a um acontecimento, que possua dados descritivos como ocasião, pessoas envolvidas, lugar, horário, entre outros, mas não um simples insulto. Dizer que uma pessoa é caloteira configura uma injúria, ao passo que espalhar o fato de que ela não pagou aos credores “A”, “B” e “C”, quando as dívidas X, Y e Z venceram no dia tal, do mês tal, configura a difamação.

25. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa fale a outra de um fato desairoso atribuído a terceiro; embora, assim, esteja agindo com *animus narrandi*, ou seja, a vontade de contar

algo que ouviu, buscando, por exemplo, confirmação. Embora atitude antiética, não se pode dizer tenha havido difamação. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se “dolo específico”). Em contrário, consultar a posição exposta na nota 9 ao art. 138. Nesse prisma: STJ: “Evidenciado que o paciente, na condição de Delegado da Assessoria de Informação da Polícia Civil, limitou-se a prestar informações pormenorizadas para a instrução de *habeas corpus*, sem demonstrar dolo ou propósito de ofender a honra de deputado, Presidente da Assembléia Legislativa local, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta para o fim de determinar-se o trancamento do feito. Ainda que se valendo de peculiar e minucioso estilo de escrita, a conduta limitada ao *animus narrandi* não tem o condão de elevar a *quaestio* à condição de ilícito penal” (RHC 9.137-ES, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 16.11.1999, v. u., *DJ* 06.12.1999, p. 103).

25-A. Narrativa de testemunha: não configura o crime de difamação se a testemunha se limita a expor, na sua ótica, sob o *animus narrandi*, o que lhe foi indagado pelo juiz, ainda que implique em considerações desairosas sobre alguém. É o que já decidiu o STJ: “É desprovida de justa causa a ação penal proposta contra testemunha que, sob o compromisso legal de dizer a verdade, limita-se a narrar, objetivamente, os fatos tidos como ofensivos a honra dos quais tomou conhecimento, no intuito de responder às perguntas que lhe foram propostas” (HC 10.602-GO, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 17.08.2000, v. u., *DJ* 04.09.2000, p. 198).

26. Objetos material e jurídico: materialmente, o objeto do crime é a honra

e a imagem da pessoa, que sofrem com a conduta criminosa; juridicamente, dá-se o mesmo.

27. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“difamar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de difamar); admite tentativa, se for plurissubsistente.

28. Difamação ou injúria divulgada em boletim de associação profissional: trata-se de crime comum, e não de imprensa. Nessa ótica: STJ: “A veiculação de eventual injúria e/ou difamação por meio de boletim de associação profissional configura crime contra a honra, tipificado no Código Penal, não se cogitando de crime de imprensa, pois o impresso em questão não se enquadra na definição de publicação periódica do parágrafo único do art. 12 da Lei 5.250/67, eis que não preenche alguns requisitos formais exigidos pela lei especial, tendo, ainda, circulação e informações restritas, vinculadas aos interesses de um grupo de pessoas” (HC 10.731-SP, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 17.02.2000, DJ 20.03.2000, p. 86). Ver ADPF 130-7, em andamento no STF.

29. Consumação: justifica-se a aplicação integral da pena, portanto, considera-se o delito consumado quando a imputação

infamante chega ao conhecimento de terceiro, que não a vítima. Basta uma pessoa estranha aos sujeitos ativo e passivo para se consumir a difamação. Se a atribuição de fato negativo for dirigida exclusivamente à vítima, configura-se a injúria, pois a única honra afetada seria a subjetiva.

30. Exceção da verdade: a definição já foi dada na nota 18 ao art. 138, § 3.º. Neste caso, no entanto, há uma particularidade: não se aceita a prova da verdade como regra geral, pois é indiferente que o fato infamante seja verdadeiro ou falso. Ao tratar do funcionário público, dizendo respeito às suas funções, ao contrário, é interesse do Estado apurar a veracidade do que está sendo alegado. Trata-se de finalidade maior da Administração punir funcionários de má conduta. Assim, caso alguém diga que determinado funcionário retardou seu serviço, em certa repartição, porque foi cuidar de interesses particulares, admite-se prova da verdade, embora não seja crime. É um fato de interesse do Estado apurar e, se for o caso, punir.

Injúria

Art. 140. Injuriar³¹ alguém,³²⁻³³ ofendendo-lhe³⁴⁻³⁵ a dignidade ou o decoro.³⁶⁻³⁹

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1.º O juiz pode deixar de aplicar a pena.⁴⁰

I – quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;⁴¹

II – no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.⁴²

§ 2.º Se a injúria consiste em violência ou vias de fato,⁴³ que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes.⁴⁴

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem⁴⁵ ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:^{45-A-45-B}

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.⁴⁶

31. Análise do núcleo do tipo: injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No caso presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma.

32. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa humana. No pólo passivo, pode-se considerar a possibilidade de ser sujeito passivo apenas a pessoa humana. A jurídica, em que pese gozar de reputação no seio social, não tem “amor-próprio” a ser atingido.

33. Inimputáveis e mortos: no tocante aos inimputáveis (doentes mentais e menores), é preciso distinguir a possibilidade de serem sujeitos passivos apenas no caso concreto. Uma criança em tenra idade não tem a menor noção do que venha a ser dignidade ou decoro, de modo que não pode ser sujeito passivo do crime, embora um adolescente já tenha tal sentimento e pode ser, sem dúvida, vítima de injúria, em que pese ser inimputável penalmente. O doente mental também é um caso à parte. Conforme o grau e o estágio de sua doença, pode ou não ter noção de dignidade ou decoro. Se possuir, é sujeito passivo do crime de injúria. Mortos, por sua vez, não podem ser injuriados, porque o Código não abriu exceção nesse caso.

34. Elemento subjetivo do tipo: pune-se o crime quando o agente agir

dolosamente. Não há a forma culposa. Entretanto, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa ofenda outra, embora assim esteja agindo com *animus criticandi* ou até *animus corrigendi*, ou seja, existe a especial vontade de criticar uma conduta errônea para que o agente não torne a fazê-la. Embora muitas vezes quem corrige ou critica não tenha tato para não magoar outra pessoa, não se pode dizer tenha havido injúria. O preenchimento do tipo aparentemente pode haver (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se “dolo específico”). Em contrário, consultar a posição exposta na nota 9 ao art. 138.

35. Injúria proferida no calor da discussão: não é crime, pois ausente estará o elemento subjetivo específico, que é a especial vontade de magoar e ofender. Em discussões acaloradas, é comum que os participantes profiram injúrias a esmo, sem controle, e com a intenção de desabafar. Arrependem-se do que foi dito, tão logo se acalmam, o que está a evidenciar a falta de intenção de ofender. Nesse prisma: TACRIM-SP [atual TJSP]: “Inocorre o crime de injúria quando as ofensas verbais são proferidas no calor da discussão, pois nelas não se faz presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo indispensável à configuração do delito, já que a conduta do agente não se reveste, em tal hipótese, da necessária seriedade” (Ap. 1.175.699/8-SP, 2.ª C., rel. Osni de Souza, 09.12.1999, v. u.). Assim também: TJRJ: Itaboraí, HC 2.656, 6.ª C., rel. Maria Helena Salcedo Magalhães, 05.12.2000, v. u.

36. Objetos material e jurídico: materialmente, o objeto do crime é a honra e a imagem da pessoa, que sofrem com a conduta criminosa; juridicamente, dá-se o mesmo.

37. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“injuriar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa, se for plurissubsistente.

38. Consumação: justifica-se a aplicação integral da pena, portanto, considera-se o delito consumado quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima. Não é necessário que terceiro dela tome conhecimento.

39. Exceção da verdade: é inadmissível, pois não se pode pretender provar um insulto ou uma afronta. A mágoa gerada subjetivamente é impossível de ser, judicialmente, desmentida. Seria esdrúxula a possibilidade de alguém que chamou outra pessoa de “imbecil” ter condições legais de provar tal afirmativa. Transformar-se-ia o Judiciário num palco inesgotável de provas ilógicas e impossíveis, pois a ninguém é dado o direito de emitir opiniões negativas acerca de outras pessoas.

40. Perdão judicial: trata-se de uma causa de extinção da punibilidade, quando

o Estado, diante de circunstâncias especiais, crê não ser cabível punir o agente. É indispensável que o perdão judicial esteja previsto expressamente em lei, como é o caso presente, pois, uma vez configurado o crime, a pena seria indeclinável. Segundo orientação dominante atualmente, a decisão que concede o perdão é declaratória de extinção da punibilidade, não representando qualquer ônus primário ou secundário para o réu.

41. Provocação reprovável: configura-se uma hipótese semelhante à violenta emoção, seguida de injusta provocação da vítima. Aquele que provoca outra pessoa, indevidamente, até tirar-lhe o seu natural equilíbrio, pode ser vítima de uma injúria. Embora não seja correto, nem lícito, admitir que o provocado ofenda o agente provocador, é causa de extinção da punibilidade. Não haveria razão moral para o Estado punir quem injuriou a pessoa que o provocou.

42. Retorsão imediata: é uma modalidade anômala de “legítima defesa”. Quem foi ofendido, devolve a ofensa. Mais uma vez: embora não seja lícita a conduta, pois a legítima defesa destina-se, exclusivamente, a fazer cessar a agressão injusta que, no caso da injúria, já ocorreu, é preciso ressaltar que o ofendido tem em mente devolver a ofensa para livrar-se da pecha a ele dirigida. Trata-se de uma maneira comum dos seres humanos sentirem-se recompensados por insultos recebidos. A devolução do ultraje acaba, internamente, compensando quem a produz. Por isso, o Estado acaba perdoadando o agressor.

43. Forma qualificada: a violência implica na ofensa à integridade corporal de outrem, enquanto a via de fato representa uma forma de violência que não chega a lesionar a integridade física ou a saúde de uma pessoa. Um tapa pode produzir um corte

no lábio da vítima, configurando violência, mas pode também não deixar ferimento, representando a via de fato. É possível que o agente prefira produzir um insulto dessa forma, o que, aliás, é igualmente infamante. Neste caso, se tiver havido violência, há concurso da injúria com o delito de lesões corporais. Circunscrevendo-se, unicamente, às vias de fato, fica a contravenção absorvida pela injúria chamada *real*.

44. Elementos normativos do tipo: não é qualquer lesão corporal ou agressão física que se configura em injúria real, ainda que possa haver a intenção especial do agente em humilhar o adversário. É indispensável que tal agressão seja considerada *aviltante* –humilhante, desprezível– através do meio utilizado ou pela sua própria natureza.

45. Forma qualificada: esta figura típica foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação. Acabavam, quando muito, respondendo por injúria –a figura do *caput* deste artigo– e eram absolvidas por dizerem que estavam apenas expondo sua opinião acerca de determinado assunto. Assim, aquele que, atualmente, dirige-se a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria racial, não podendo alegar que houve uma injúria simples, nem tampouco uma mera exposição do pensamento (como dizer que todo “judeu é corrupto” ou que “negros são desonestos”), uma vez que há limite para tal liberdade. Não se pode acolher a liberdade que fira direito alheio, que é, no caso, o direito à honra subjetiva. Do mesmo

modo, quem simplesmente dirigir a terceiro palavras referentes a “raça”, “cor”, “etnia”, “religião” ou “origem”, com o intuito de ofender, responderá por injúria racial ou qualificada.

45-A. Injúria racial e racismo: o art. 5.º, XLII, da Constituição Federal preceitua que a “prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em “raças”, em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa a superioridade de uns sobre outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver. Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão. Recentemente, vale lembrar, o Supremo Tribunal Federal, julgando o caso *Ellwanger*, considerou que, embora judeu não seja, de fato, raça, não se pode afirmar com precisão o que este termo (raça) queira significar, razão pela qual se pode considerar racismo qualquer atitude anti-semita. Na ementa do acórdão lê-se: “Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação

da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (...) A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. (...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, art. 5.º, § 2.º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica" (HC 82.424-RS, Pleno, rel. para o acórdão Maurício Corrêa, 17.09.2003, m. v., RTJ 188/858). E é de Celso Lafer a seguinte afirmação: "A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior, em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação (como foi o caso do *apartheid* na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)" (*Racismo – O STF e o caso Ellwanger*, p. A2). Na realidade, acolhendo a tese de que

os judeus não constituem uma raça, mas devem ser protegidos contra o racismo, o Supremo Tribunal Federal dá apoio à lógica supremacia da proteção da dignidade da pessoa humana seja quem for. *Raça* é termo infeliz e ambíguo para a utilização com relação a seres humanos, pois pode representar desde um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos, como também um conjunto de indivíduos de mesma origem étnica, lingüística ou social. Quer dizer, ainda, meramente uma classe ou categoria de pessoas. Enfim, *raça* é um grupo de pessoas que comunga de ideais comuns e se agrupa para defendê-los, mas não se pode torná-lo evidente por caracteres físicos. Tanto é verdade que há judeus americanos, judeus brasileiros, judeus franceses, judeus italianos, entre tantos outros, cujas características físicas são bem diversas. O julgamento do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em Plenário, contou a votação de 8 a 3 pela denegação da ordem de *habeas corpus* e manutenção da condenação por racismo do impetrante. Abre precedente para que o termo *racismo* seja o gênero do qual se espelham as demais espécies de preconceito e discriminação, como cor, origem, etnia e, inclusive, ilustrando, por orientação sexual. Neste último caso, não se poderia deixar de considerar racista a pessoa que impedisse acesso a um lugar público de um homossexual, bem como proferisse contra ele injúria com base na sua opção de orientação sexual. Se *racismo* é mentalidade segregacionista não há dúvida de que se deve proteger todos os agrupamentos sociais, independentemente de padrão físico ou ascendência comum. Maiores detalhes podem ser encontrados nos comentários à Lei 7.716/89 em nosso *Leis penais e processuais penais comentadas*.

45-B. Injúria qualificada contra idoso ou deficiente: o Estatuto do Idoso (Lei

10.741/2003) introduziu mais duas formas de qualificação da injúria: a idade e a deficiência física ou mental. Buscando, de modo positivo, o mais profundo respeito que se deve ter tanto com relação à pessoa maior de 60 anos como no tocante ao portador de deficiência física ou mental (que, nesse caso, pode ter qualquer idade), foram feitas as alterações mencionadas. Assim, gracejos inoportunos, humilhantes e degradantes contra idosos e deficientes (ex.: “não atendemos *múmias* neste estabelecimento”; “aleijado só dá trabalho”) devem ser mais severamente punidos.

46. Proporcionalidade da pena: é verdade que, numa comparação singela com outros crimes, a pena fixada para esse tipo de injúria é elevada demais, pois é mais grave, num simples exemplo, do que a prevista para o homicídio culposo. Ocorre que há épocas em que o Estado vê-se levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade; noutras, não haveria razão para tal postura. Foi o caso dos crimes de trânsito. O homicídio culposo na direção de veículo automotor tem uma pena de detenção de dois a quatro anos, enquanto o homicídio culposo, do Código Penal, tem punição de um a três anos. Isto significa que o homicídio no trânsito vem atormentando a sociedade com maior rigor e merece ser punido de forma mais grave. Não vemos qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade. É o que ocorre neste caso. O Brasil intitula-se um país formado de várias raças, etnias e religiões, onde não haveria, em tese, como existe em outros lugares, discriminação. Entretanto, é sabido que há uma forma de discriminação velada, trazida por ofensas e comentários desairosos a pessoas e instituições, que demonstram a face segregativa de muitos. Portanto, não basta punir rigidamente quem impede a

entrada de uma pessoa negra em um lugar público (reclusão de 1 a 3 anos, conforme art. 5.º da Lei 7.716/89), mas também quem faz o mesmo através de comentários jocosos e humilhantes, que afastam a mesma pessoa do lugar onde pretendia ingressar. É possível, por exemplo, que uma lojista impeça, fisicamente, a entrada de uma pessoa negra (responde quem assim agiu por um mínimo de 1 ano de reclusão) em um estabelecimento comercial, embora possa fazer o mesmo dizendo que “negros não têm postura para ingressar no recinto”. A pessoa ofendida e humilhada retira-se do lugar, embora não tenha sido fisicamente impedida de ingressar. O dano foi o mesmo e a segregação está consumada de outra maneira. Por isso, a injúria racial aplica a mesma pena: o mínimo de 1 ano de reclusão. É preciso que a sociedade entenda a importância da correta convivência inter-racial que uma nação, como a nossa, necessita assimilar e praticar.

Disposições comuns

Art. 141. As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de 1/3 (um terço), se qualquer dos crimes é cometido:⁴⁷

I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;⁴⁸

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;⁴⁹

III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria;⁵⁰

IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.^{50-A}

Parágrafo único. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.⁵¹

47. Causas de aumento da pena: há razões, como será exposto nos comentários

aos incisos, para tornar mais grave o delito contra a honra. Vêm tais motivos expostos no art. 141, obrigando o magistrado a aumentar em uma cota fixa, preestabelecida pelo legislador, a pena do réu (um terço).

48. Honra do Presidente da República ou de chefe de governo estrangeiro: entendeu o legislador ser especialmente grave o ataque à honra, objetiva ou subjetiva, do representante maior de uma nação, seja ela brasileira (Presidente da República), seja estrangeira. A mácula à reputação dessas pessoas, em razão do alto cargo por elas ocupado, pode ter repercussão muito maior do que se se tratar de qualquer outro indivíduo, mesmo porque tende a ofender, em muitos casos, a própria coletividade por elas representada. Note-se que nem mesmo é permitida a exceção da verdade, nesse contexto, quando há calúnia (art. 138, § 3.º, II, CP). É possível configurar delito contra a segurança nacional, quando o crime contra a honra tem motivação política ou atentatória aos ditames democráticos e interesses do Estado (vide Lei 7.170/83).

49. Honra de funcionário público: trata-se de uma causa de aumento que leva em consideração o interesse maior da Administração. Do mesmo modo que se permite a exceção da verdade tanto no contexto da calúnia quanto no da difamação (art. 139, parágrafo único, CP), a fim de se saber se o funcionário público praticou crime ou qualquer outro fato desabonador, pune-se, com maior rigor, quem o ofenda, no *exercício das suas funções*, levemente.

50. Facilitação da divulgação da agressão à honra: tendo em vista que os delitos contra a honra afetam substancialmente a reputação e o amor-próprio da vítima, é natural punir com maior rigor o agente que se valha de meio de fácil propagação da calúnia, da difamação ou da

injúria. Ao ofender alguém na presença de várias pessoas – pelo menos três –, como, por exemplo, no meio de uma solenidade ou de uma festa, faz-se com que o dano à imagem seja potencialmente maior. Por outro lado, é possível que o instrumento utilizado, ainda que não se esteja diante de muitos destinatários, facilite, igualmente, a propagação do agravo (ex.: mandar pintar frases ofensivas no muro externo da casa da vítima). É preciso destacar que, caso a ofensa seja transmitida pela imprensa, aplica-se a lei específica (Lei 5.250/67). Ver ADPF 130-7, em andamento no STF.

50-A. Proteção diferenciada ao idoso e ao deficiente: a introdução deste inciso teve origem na Lei 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, que busca mais eficiente proteção às pessoas maiores de 60 anos, além de assegurar punições mais severas aos infratores dos direitos do idoso. A oportunidade de edição da lei proporcionou a inclusão, também, de relevante proteção ao deficiente (este podendo ter qualquer idade). Excluiu-se a injúria nesta causa de aumento em face do disposto no § 3.º do art. 140, ou seja, a injúria consistente na utilização de elementos referentes à condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência já foi qualificada. Seria, então, um inadequado *bis in idem* aumentar em um terço a pena nessa hipótese.

51. Causa de aumento de motivação torpe: o parágrafo único prevê a hipótese de o agente atuar fundamentado em motivo torpe (particularmente vil, repugnante), consistente em paga (recebimento de qualquer soma em dinheiro ou outra vantagem) ou promessa de recompensa (expectativa de auferir vantagem ou dinheiro). Poderia estar figurando dentre as causas expostas nos incisos, mas, tendo em vista a maior

punição (dobra a pena), viu-se o legislador levado a destacar a causa de aumento em tópico à parte.

Exclusão do crime⁵²

Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:⁵³

I – a ofensa irrogada em juízo,⁵⁴ na discussão da causa,⁵⁵⁻⁵⁶ pela parte ou por seu procurador;⁵⁷⁻⁵⁹

II – a opinião desfavorável⁶⁰ da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III – o conceito desfavorável⁶¹ emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.⁶²

52. Excludente de crime: trata-se de uma causa específica de exclusão da antijuridicidade. Assim, é possível que, em tese, exista um fato típico, consistente em injúria ou difamação, embora possa ser considerado lícito, porque presente uma das hipóteses previstas neste artigo.

53. Exclusão da calúnia: o interesse da Administração Pública na apuração de crimes, especialmente os que prevêm ação penal pública incondicionada, afasta a possibilidade de se excluir a ilicitude no caso de ocorrência de calúnia. Assim preleciona Marcelo Fortes Barbosa: “Em ofensa caluniosa no plenário do júri, por exemplo, quando o advogado diz que o promotor está subornado pela família do réu para pedir sua absolvição, está-se diante de uma acusação criminosa e que necessita de apuração, porque, caso comprovada, fará com que o órgão do Ministério Público seja responsabilizado nos termos do art. 317

do CP, daí por que a calúnia não pode ser incorporada às causas de exclusão de crime” (*Crimes contra a honra*, p. 68). Nessa ótica: STJ: “A Constituição Federal assegura, ao advogado, inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CF, art. 133). A imunidade judiciária, não obstante, não acoberta crime, em tese, de calúnia (CP, art. 142)” (RHC 9.299-SC, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 14.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 141). Idem: RHC 14.361-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 03.02.2005, v. u., DJ 11.04.2005, p. 382; HC 27.389-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 07.12.2004, v. u., DJ 17.12.2004, p. 597. TRF - 5.^a Região: “A imunidade material prevista no art. 133 da Constituição ou a excludente prevista no art. 142, inc. I do CP ou no art. 7.^o, § 2.^o, da Lei 8.906/94, conferida ao advogado não o protege da prática do crime de calúnia, porque não se coaduna com o exercício regular e responsável da advocacia a imputação falsa de um delito a alguém. Precedentes do STF – AO 933-AM, Pleno, Rel. Carlos Britto, 06.02.2004 e HC 81.517-SP, 2.^a T., Rel. Maurício Corrêa, 14.06.2002” (HC 1.900-PE, 3.^a T., rel. Ridalvo Costa, 01.07.2004, v. u.).

54. Imunidade judiciária: a primeira excludente de ilicitude diz respeito à imunidade auferida por quem litiga em juízo, terminando por se descontrolar, proferindo ofensas contra a parte contrária. É sabido que o calor dos debates, trazidos por uma contenda judicial, pode estimular os indivíduos envolvidos a perder o equilíbrio, exagerando nas qualificações e comentários desairosos. Exige-se, no entanto, que haja uma relação processual instaurada, pois é esse o significado da expressão “irrogada em juízo”, além do que o autor da ofensa precisa situar-se em local próprio para o debate processual. Não teria cabimento a utilização desta excludente, por exemplo,

quando o agente encontrasse a vítima, com quem mantém uma lide, em outra cidade, distante do fórum, ofendendo-a. cremos, ainda, que a palavra “juízo” possui um significado específico, ligando-se ao exercício da jurisdição, típico do Poder Judiciário, e não a qualquer tipo de processo ou procedimento (estariam excluídos, pois, os processos administrativos, os inquéritos policiais, entre outros). Neste mesmo sentido, a despeito de doughtas opiniões em contrário, está o magistério de Marcelo Fortes Barbosa (*Crimes contra a honra*, p. 68).

55. Discussão da causa: significa a ofensa produzida no debate, oral ou escrito, ocorrido na relação processual e necessitando, com esta, guardar relação. Pode acontecer por petição e ainda durante uma audiência. Na jurisprudência: TJSP: “Imunidade judiciária tem por fim assegurar a amplitude da discussão da causa ou defesa de direitos em litígio, mas não é, nem podia ser outorgada indefinidamente: tem o seu limite intransponível na sua própria razão finalística. A locução ‘na discussão da causa’, contida no preceito legal, está precisamente a indicar que a indenidade penal só se refere ao que as partes ou seus procuradores alegam em torno ao objeto da controvérsia (relação jurídica em debate e provas aduzidas), tendo em vista a elucidação e convencimento do Juiz” (HC 496.269-3/1, Caçapava, 5.^a C., rel. José Damião Pinheiro Machado Cogan, 09.06.2005, v. u., *JUBI* 108/05).

56. Ofensa ao magistrado: não se beneficia da excludente, visto que o juiz não pode ser considerado, no sentido abraçado pelo tipo penal permissivo, parte no processo e não tem interesse algum na discussão da causa; ao contrário, deve julgá-la com imparcialidade. Por isso, qualquer ultraje dirigido ao magistrado pode ser punido, sem que a parte se valha da imunidade. Conferir:

STJ: “Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado pela OAB em favor de advogada, ora paciente, inscrita em seus quadros que fora denunciada pela prática, em tese, das condutas tipificadas nos arts. 138 (duas vezes) e 140, ambos c/c 141, II, e 331, todos do CP, em virtude de ter adentrado a sala de audiência, presidida por magistrado, com trabalhos ainda em curso referentes a outro processo do qual a paciente não era advogada regularmente constituída. Interrompeu a referida audiência, jogou petição sobre a mesa do juiz e lhe exigiu despacho imediato. Diante da recusa do magistrado, atribuiu a ele a prática do crime de prevaricação e abuso de autoridade. Alega a impetrante, em síntese, carência de justa causa para a ação penal, aduzindo, para tanto, que as condutas imputadas à paciente são atípicas, pois se deram no exercício legal da advocacia e, ainda, por estarem *acobertas pela imunidade constitucional assegurada aos advogados no propósito de defesa de seus constituintes*. Nesse contexto, a Turma concedeu, parcialmente, a ordem para trancar a ação penal tão-somente quanto ao crime de calúnia (por suposta imputação falsa do delito de prevaricação), sob argumento de não ter havido, *in casu*, imputação concreta da prática de prevaricação pelo magistrado, visto que a paciente, ao descrever os fatos, não declinou, como determina o tipo do art. 319 do CP, quais seriam os interesses ou sentimentos pessoais que o magistrado buscava satisfazer com sua ação. (...) Resaltou-se que, quanto ao crime de calúnia com substrato em abuso de autoridade, o fato imputado ao magistrado não consiste tão-somente em ter recusado despacho à petição, mas sim tê-lo feito abusando de sua autoridade, constituindo, assim, a elementar da falsidade, imputação descrita na denúncia, não merecendo acolhimento a alegação de atipicidade objetiva e subjetiva da conduta. Precedentes citados do STF: HC

81.517-SP, DJ 14/6/2002; HC 69.085-RJ, DJ 26/3/1993; do STJ: HC 20.648-AM, DJ 24/3/2003; RHC 9.847-BA, DJ 27/8/2001; RHC 9.778-RJ, DJ 5/2/2001, e RHC 9.277-PB, DJ 4/9/2000.” (HC 71.407-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 02.10.2008, grifamos).

57. Parte ou procurador: as únicas pessoas que se utilizariam da excludente são as partes (autor e réu, incluídos, naturalmente, os assistentes e aqueles admitidos, de alguma forma, na relação processual) e seus procuradores (advogados ou estagiários – estes quando habilitados à prática do ato).

58. Confronto da imunidade judiciária com o Estatuto da Advocacia: em primeiro plano, deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 133, ser o advogado “indispensável à administração da justiça”, bem como “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, embora *nos limites da lei*. Posteriormente, no art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94, fixou-se que o advogado “tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”. Pretendeu-se, com a edição do Estatuto da Advocacia, ampliar a imunidade judiciária do causídico, dando-lhe a conotação de imunidade material, tal como possuem os parlamentares (invioláveis por suas opiniões, palavras e votos – art. 53, CF). Entretanto, as decisões reiteradas dos tribunais pátrios vêm demonstrando que o art. 142, I, do Código Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e não sofreu qualquer alteração pelo disposto no Estatuto da Advocacia. Assim, os advogados continuam invioláveis por suas manifestações processuais, embora *dentro dos limites*

da lei, que é o previsto no Código Penal. Por outro lado, quanto à previsão feita à palavra “desacato”, constante no referido art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94, encontra-se suspensa a sua aplicação por conta de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADIn 1.127-8).

59. Ofensa ao Promotor de Justiça: o representante do Ministério Público somente pode ser inserido no contexto da imunidade judiciária (como autor ou como vítima da ofensa) quando atuar no processo como parte. Assim é o caso do Promotor de Justiça que promove a ação penal na esfera criminal. Se ele ofender a parte contrária ou for por ela ofendido, não há crime. Entretanto, não se considera *parte*, no sentido da excludente de ilicitude, que se refere com nitidez à “discussão da causa”, o representante do Ministério Público quando atua como *fiscal da lei*. Neste caso, conduz-se no processo imparcialmente, tal como deve fazer sempre o magistrado, não devendo “debater” a sua posição, mas apenas sustentá-la, sem qualquer ofensa ou desequilíbrio.

60. Imunidade literária, artística e científica: esta causa de exclusão diz respeito à liberdade de expressão nos campos literário, artístico ou científico, permitindo que haja crítica acerca de livros, obras de arte ou produções científicas de toda ordem, ainda que sejam pareceres ou conceitos negativos. Ocorre que da redação eleita pelo legislador denota-se a fragilidade do seu conteúdo. Emitir uma opinião desfavorável em relação a um livro publicado, por exemplo, com a intenção de injuriar o seu autor é situação não protegida pela excludente, conforme se vê da ressalva final: “(...) salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar”. Entretanto, se o conceito negativo emitido não contiver a intenção de ofender, seria considerado um

fato lícito. Ocorre que, como visto linhas acima, para a concretização de um crime contra a honra é indispensável haver, além do dolo, o elemento subjetivo do tipo específico, que é justamente a especial vontade de ofender a vítima. Inexistindo tal intenção, o fato é atípico. Portanto, a excludente em questão é despicienda. Havendo intenção de ofender na crítica literária, artística ou científica, preenchido está o tipo penal e a excludente de ilicitude (imunidade) não se aplica. Não estando presente a vontade de injuriar ou difamar, antes mesmo de se falar na excludente de antijuridicidade, é preciso considerar que o tipo penal não está configurado.

61. Imunidade funcional: o funcionário público, cumprindo dever inerente ao seu ofício, pode emitir um parecer desfavorável, expondo opinião negativa a respeito de alguém, passível de macular a reputação da vítima ou ferir a sua dignidade ou o seu decoro, embora não se possa falar em ato ilícito, pois o interesse da Administração Pública deve ficar acima dos interesses individuais. Não teria sentido o funcionário deter-se nos seus comentários somente porque, em tese, alguém se sentiria ofendido, dando margem a uma ação penal por injúria ou difamação. No caso presente, mesmo que haja interesse do funcionário em injuriar ou difamar terceiro – configurando fato típico –, não será considerado ilícito caso esteja o agente no exercício do seu mister, bem como no interesse particular do Estado.

62. Ressalva da divulgação da injúria ou da difamação: a ofensa produzida em juízo, no debate da causa, pela parte ou seu procurador, bem como aquela que estiver contida num parecer funcional, no interesse da Administração, precisam ficar restritas ao cenário onde foram produzidas.

Não é aceitável que um terceiro, que não é parte, nem tampouco funcionário público, possa propagar o conceito negativo acerca de alguém impunemente. Afinal, muitas vezes, a injúria ou a difamação, quando circunscritas num processo judicial (caso do inciso I) ou administrativo (caso do inciso III), ganha divulgação estreita e limitada, o que causa menor dano à parte ofendida. O terceiro, agindo com especial intenção de manchar a reputação ou magoar a vítima, merece punição. Não tratou a ressalva deste parágrafo da figura do inciso II porque, em regra, o parecer desfavorável no contexto literário, artístico ou científico é feito publicamente, portanto, passível de divulgação sem controle.

Retratação⁶³

Art. 143. O querelado⁶⁴ que, antes da sentença,⁶⁵ se retrata⁶⁶ cabalmente da calúnia ou da difamação,⁶⁷ fica isento de pena.

63. Causa extintiva da punibilidade: a retratação é nitidamente uma causa de extinção da punibilidade, como demonstra o art. 107, VI, do Código Penal. Portanto, não diz respeito a qualquer dos elementos do crime – tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, mas sim à punibilidade, que significa unicamente a possibilidade que o Estado possui de aplicar, concretamente, a sanção penal prevista para o delito. Nota-se, pois, que a expressão “isenção de pena” não se vincula, necessariamente, à culpabilidade, como querem fazer crer algumas opiniões.

64. Ação penal privada: a referência expressa ao *querelado* está a evidenciar que a retratação somente pode ocorrer quando a ação penal for privada, excluindo-se a possibilidade de se concretizar no cenário da ação penal pública.

65. Condição temporal para a retratação: há necessidade de o desmentido ser proferido antes da sentença de 1.º grau, não sendo cabível estender a sua aplicação até o trânsito em julgado.

66. Significado de retratação: retratar-se quer dizer voltar atrás, desdizer-se, desmentir-se. O agente reconhece que cometeu um erro e refaz as suas anteriores afirmações. Em vez de sustentar o fato desairoso, que deu margem à configuração da calúnia ou da difamação, reconhece que se equivocou e retifica o alegado.

67. Abrangência da retratação: envolve o desmentido somente a calúnia e a difamação porque essas figuras típicas, como já analisado, lidam com a atribuição à vítima da prática de um *fato*. Se este fato é falso e tipificado em lei como crime, trata-se da calúnia; caso se vincule a uma conduta indecorosa, verdadeira ou falsa, passível de afetar a reputação da vítima, trata-se de difamação. Ora, referindo-se à honra objetiva, aquela que diz respeito ao conceito que a sociedade faz do indivíduo, é possível haver um desmentido. Não permite a lei que exista retratação no contexto da injúria porque esta cuida da honra subjetiva, que é inerente ao amor-próprio. Neste caso, quando a vítima foi ofendida, não há desdito que possa alterar a situação concretizada. Nos casos de difamação e calúnia, no entanto, quando o agente volta atrás e narra a verdade, permite que a imagem da vítima seja restaurada diante da sociedade, proporcionando, então, a extinção da punibilidade.

Art. 144. Se, de referências, alusões ou frases, se infere⁶⁸ calúnia, difamação ou injúria, quem se julga ofendido pode pedir explicações em juízo.⁶⁹ Aquele que se recusa a dá-las ou, a critério do juiz, não as dá satisfatórias, responde pela ofensa.⁷⁰

68. Análise do termo “inferência”: inferir significa um processo lógico de raciocínio consistente numa dedução. Quando alguém profere uma frase dúbia, pela qual, por dedução, consegue-se chegar à conclusão de que se trata de uma ofensa, tem-se o mecanismo da “inferência”. Não há certeza da intenção ofensiva – como no caso de o agente dizer expressamente que “Fulano é ladrão” –, pois os meios utilizados são mascarados. Ex.: numa roda de pessoas, alguém diz: “Não sou eu o autor das subtrações que têm ocorrido nesta repartição”. Pode ser difícil interpretar a frase. Por vezes, o seu autor quer referir-se a alguém que ali está, ofendendo-o indiretamente. Noutras ocasiões, é apenas uma coincidência, ou seja, quem falou não está com a intenção de macular a imagem de ninguém, embora tenha deixado impressão contrária. Para sanar a dúvida, faz-se o pedido de explicações.

69. Pedido de explicações em juízo: a despeito de ser uma previsão formulada no Código Penal, cremos tratar-se de instituto pertinente ao processo penal. O crime contra a honra existe ou não existe – o que não se pode admitir é o meio-termo. Por isso, se alguém profere expressões ou conceitos dúbios a respeito de outrem, não se trata de problema a ser disciplinado no contexto de direito material. Melhor situado estaria o art. 144 do Código Penal no Código de Processo Penal, conferindo à parte pretensamente ofendida um instrumento procedimental para esclarecer a dúvida gerada: se o agente confirmar o agravo, nitidamente concretizado estará o tipo penal do crime contra a honra; caso negue, estar-se-ia tratando de fato atípico, erroneamente interpretado pela vítima. Assim, não nos parece uma disciplina de direito penal. Ainda assim, o artigo em questão vincula-se à dubiedade de referências que uma pessoa faz à outra,

sem evidenciar, com clareza, o seu intuito. Estaríamos diante de um crime camuflado ou de um flagrante equívoco. Se a frase ou menção foi emitida sem qualquer maldade ou intenção de ofender, inexistente fato típico; caso tenha sido proferida com vontade de caluniar, difamar ou injuriar, há crime. O sujeito que se sente ultrajado, mas não tem certeza da intenção do autor, pode pedir explicações em juízo. Nesse procedimento, não haverá um julgamento de mérito do juiz, mas a simples condução do esclarecimento da dúvida. Havendo recusa a dar as explicações ou deixando de fornecê-las satisfatoriamente, fica o agente sujeito a ser processado pela prática de crime contra a honra. Esclarecendo, no entanto, o mal-entendido, livra-se de um processo criminal.

70. Consequência das explicações: tratando-se de um procedimento processual equivalente ao da notificação judicial, não se tem qualquer tipo de análise de mérito quanto à existência de crime contra a honra. Por isso, como sustentamos, viria mais bem disciplinado, inclusive com o procedimento cabível, no Código de Processo Penal o *pedido de explicações*. Na sua falta, deve-se destacar somente que a frase “responde pela ofensa” significa, unicamente, que o agente do delito contra a honra pode ser criminalmente processado. Não se condena ninguém no singelo “pedido de explicações”.

Art. 145. Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa,⁷¹ salvo quando, no caso do art. 140, § 2.º, da violência resulta lesão corporal.⁷²

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n. I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n. II do mesmo artigo.⁷³⁻⁷⁴

71. Ação penal privada: a expressa menção de que somente se procede “mediante queixa” demonstra que a iniciativa da ação penal cabe à vítima, por isso é *privada*. Trata-se de uma norma processual inserida no contexto do direito material, o que deveria ter sido evitado pelo legislador. A referência à iniciativa da ação penal deveria ficar circunscrita ao direito processual penal.

72. Ação pública incondicionada: trata-se de exceção à regra de que, nos crimes contra a honra, a ação penal deve ser sempre privada, justamente porque o objeto jurídico lesado é, em primeiro plano, de interesse particular. No caso de haver lesões corporais (mas não quando houver apenas vias de fato), a ação será pública incondicionada, porque o delito de lesão corporal, à época da edição do tipo penal da injúria real, era, igualmente, de ação pública incondicionada. O interesse em jogo – integridade física, ainda que levemente afetada – era considerado indisponível. Atualmente, com a edição da Lei 9.099/95, os delitos de lesão corporal leve e de lesão corporal culposa são de ação penal pública condicionada, pois dependem de representação da vítima. A despeito disso, o crime de injúria real é complexo (composto de “injúria + lesão corporal ou vias de fato”) e não pode ser afetado pela referida lei, embora merecesse uma reforma legislativa a transformá-lo em delito de ação pública condicionada ou em ação privada.

73. Hipóteses de ação pública condicionada: quando o crime contra a honra for cometido contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, bem como contra funcionário público, em razão de suas funções, a ação é pública condicionada, dependente de requisição do Ministro da Justiça no primeiro caso e de representação

da vítima, no segundo caso. Debate-se a legitimidade concomitante entre o Ministério Público e o ofendido – funcionário público – para ingressar com a ação penal, de forma que poderia caber denúncia (quando a representação fosse feita) ou queixa-crime (caso a vítima preferisse acionar o agressor por conta própria). cremos que a lei é bem clara: já que a iniciativa da ação penal – que deveria ser sempre prevista pelo Código de Processo Penal, através de fórmulas claras e precisas – foi objeto de disposição do Código Penal, tratando, caso a caso, da legitimidade de agir, não há como se admitir a possibilidade de a ação ser, ao mesmo tempo, pública e privada. O interesse em jogo deve ser primordialmente público ou privado. Sendo público, cabe ao Ministério Público agir quando houver provocação da vítima, já que se exige representação ou requisição, conforme o caso, mas não à vítima. Do mesmo modo, quando o interesse é nitidamente particular, cabendo a propositura de queixa-crime, não se pode aceitar que o Ministério Público ingresse com a demanda. Não há razão plausível para sustentar ser a ação *pública*, de iniciativa do Promotor de Justiça, ao mesmo tempo em que pode ser *privada*. É óbvio que o direito à honra é inviolável (art. 5.º, X, CF), merecendo ser protegido pelo direito penal, embora isso fique ainda mais claro quando se demonstra ser a ação *pública*, de interesse da sociedade promovê-la. Não se trata da *privação* do direito de queixa, pois caberia sempre a ação privada subsidiária da pública (art. 29, CPP, e art. 5.º, LIX, CF), quando o Ministério Público não agisse no prazo legal. Entretanto, pretender sustentar a *alternância* (denúncia ou queixa), com a livre escolha por parte do ofendido quando houver crime contra a honra de funcionário público, é dar um tratamento privilegiado e superior a esse delito, incompatível com a igualdade que deve existir com qualquer

outro delito de ação pública condicionada. A honra não pode ser considerada um direito de preservação mais importante do que a integridade física, por exemplo (também de ação pública condicionada, quando houver lesão leve ou culposa). Por derradeiro, se o crime contra a honra for proferido contra funcionário público que já deixou o cargo ou não tiver a ofensa qualquer relação com suas funções, o crime é de ação privada. Na jurisprudência, a polêmica também está presente. Aceitando a legitimidade concorrente entre o Ministério Público e a vítima para a propositura da ação penal: STF: “Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assumam a iniciativa da repressão da ofensa delituosa; o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário público e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público – o que não ilide o dano à sua honorabilidade pessoal, o ofendido não possa defender pessoalmente em juízo – como se propicia a qualquer outro cidadão – mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público. Por isso, a admissão da ação penal pública, quando se cuida de ofensa *propter officium*, para conformar-se à Constituição (art. 5.º, X), há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais como privação do seu direito de queixa. Conseqüente revisão de jurisprudência mais recente do Tribunal, para o restabelecimento de precedentes (v.g., AC 932, 12.4.24, caso Epitácio Pessoa, rel. Geminiano da Franca; RE 57.729, 2.4.65, Hahnemann Guimarães, RTJ 32/586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5.º, X, da vigente Constituição da República. Conclusão pela legitimação con-

corrente do MP ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que *propter officium*, ou a propositura da conseqüente ação penal serem, ou não, contemporâneas ou posteriores à investidura do ofendido” (AgRg em Inquérito 726, Pleno, rel. Celso de Mello, 10.11.1993, m. v., *DJ* 29.04.1994, p. 9.730). Idem: STF: HC 71.845-RS, 2.^a T., rel. Francisco Rezek, 21.03.1995, v. u., *DJ* 03.05.1996, p. 13.899. STJ: HC 7.469-RS, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 09.06.1998, v. u., *RT* 758/509; RHC 3.645-SP, 6.^a T., rel. Anselmo Santiago, 18.10.1996, v. u. TACRIM/SP [atual TJSP]: Ap. 1.075.279-1, 5.^a C., rel. Angélica de Almeida, 10.12.1997, v. u., *RT* 751/621. Em sentido contrário: “No sistema penal brasileiro, o monopólio da ação penal pública, condicionada ou não, pertence ao Ministério Público, como decorrência da função institucional que lhe foi deferida, com exclusividade, pela Constituição Federal. Em se tratando, no caso de ofensa irrogada a funcionário público no exercício de sua função (juiz do trabalho), a ação penal é *pública condicionada* e o seu titular o Ministério Público, não tendo, o ofendido, legitimidade para agir, na persecução punitiva, mediante queixa” (Ação Penal 39-0-BA, Corte Especial, rel. Demócrito Reinaldo, 10.12.1992, v. u., *DJU* 15.02.1993, *RT* 698/419). Idem: TACRIM/SP [atual TJSP]: RSE 938.215-0, Osasco, 14.^a C., rel. Renê Ricúpero, 10.10.1995, m. v., *RT* 724/498.

74. Confronto com o crime de imprensa: quando o delito contra a honra for cometido por meio comum e depois divulgado pela imprensa, é preciso avaliar se há um ou mais autores. Havendo um único agente, que profere a ofensa e depois a divulga pela imprensa, trata-se de progressão criminosa (um só delito); caso sejam dois autores – um profere a ofensa e outro a divulga –, existem dois crimes autônomos. Ver ADPF 130-7, em andamento no STF

Capítulo VI DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

Seção I

Dos crimes contra a liberdade pessoal¹

1. Proteção constitucional: a liberdade é direito assegurado expressamente pela Constituição Federal (art. 5.^o, *caput*), assim como a possibilidade de cada ser humano se autodeterminar: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.^o, II, CF). Portanto, o constrangimento à liberdade deve ser penalmente punido.

Constrangimento ilegal

Art. 146. Constranger² alguém,³ mediante violência ou grave ameaça,⁴ ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio,⁵ a capacidade de resistência,⁶ a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:⁷⁻⁹

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Aumento de pena

§ 1.^o As penas aplicam-se cumulativamente¹⁰ e em dobro,¹¹ quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas.¹²

§ 2.^o Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência.¹³

§ 3.^o Não se compreendem na disposição deste artigo:¹⁴

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;¹⁵

II – a coação exercida para impedir suicídio.¹⁶

2. Análise do núcleo do tipo: constranger significa forçar alguém a fazer alguma coisa ou tolher seus movimentos para que deixe de fazer.

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, o mesmo acontecendo com o passivo, desde que possua autodeterminação (um doente mental, por exemplo, não a possui). Excepcionalmente, tratando-se de funcionário público, que, no exercício da sua função, provoca o constrangimento indevido, pode constituir-se abuso de autoridade – crime previsto em lei especial.

4. Violência e grave ameaça: são os meios primários de se cometer o delito de constrangimento ilegal. A violência há de ser física contra a pessoa, enquanto a grave ameaça representa uma intimidação, contendo a promessa de promover contra a pessoa um mal futuro e sério. É da tradição do direito penal brasileiro, ao se valer do termo *violência*, referir-se à física, embora a grave ameaça não deixe de representar uma violência moral.

5. Generalização do meio: inicialmente, o tipo penal fornece as duas maneiras comuns de se cometer o constrangimento ilegal (violência ou grave ameaça), para, em seguida, generalizar, aceitando qualquer outro meio hábil a reduzir a capacidade de resistência da vítima. É natural supor que a violência e a grave ameaça são exemplos de meios pelos quais a capacidade de resistir ao constrangimento é diminuída ou até anulada. Outras atitudes que sejam análogas podem favorecer a configuração do tipo penal. Exemplo: o sujeito fornece algum tipo de entorpecente para a vítima, a fim de impedi-la de agir no sentido que pretendia.

6. Elemento subjetivo: exige-se dolo. Não existe a forma culposa. A despeito de

opiniões em contrário, cremos que não há elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico). As expressões “a não fazer o que lei permite” e “a fazer o que ela não manda” constituem elementos objetivos do tipo, e não subjetivos. Não se trata do propósito especial do agente, pois o constrangimento somente é ilegal, caracterizando-se como figura típica incriminadora, caso haja a realização de algo que a lei não manda ou a não realização do que ela permite. Quando o agente deste delito pratica a conduta, não tem (e não precisa ter) a visão *especial* de estar descumprindo a lei, mas única e tão-somente necessita tolher a liberdade alheia em desacordo com o determinado pelo ordenamento jurídico. Assim, basta o dolo (na visão tradicional, o dolo genérico). Defender o contrário, ou seja, exigir a necessidade de “finalidade específica” significa sustentar que o crime de constrangimento ilegal seria inteligível sem o complemento (“a não fazer o que a lei permite” ou a “fazer o que ela não manda”), o que não é verdade. Retirando-se a última parte, que seria somente um fim especial de agir, o que resta do crime? “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência”, por si só, não quer dizer nada sem que se saiba no que consiste o constrangimento, ou seja, a situação de compressão. O dolo estaria presente numa figura genérica que, no entanto, não quer dizer nada sem o seu devido complemento? Quem iria querer constranger alguém a nada? Daí por que entendemos ser crime sujeito apenas ao dolo genérico, pois a parte final do tipo penal é apenas um elemento objetivo (normativo) do tipo.

7. Permissão e proibição legal: a previsão feita no tipo penal coaduna-se com o universo jurídico: algo somente pode

ser permitido, proibido ou obrigatório. Se for permitido, ninguém pode constranger outrem a não fazer o que pretende; se for proibido, logicamente é possível impedir a prática do ato, pois lesivo a outro interesse juridicamente protegido; se for obrigatório, é dever da pessoa praticar o ato. cremos, no entanto, que deve haver cautela na análise das circunstâncias envolvendo este delito. Não é porque a lei impõe um dever a alguém que outra pessoa está autorizada a forçá-lo, com violência ou grave ameaça, a cumprir a obrigação, pois vivemos num Estado Democrático de Direito, onde o Estado assumiu o monopólio do direito de punir e de exigir, compulsoriamente, a prática de alguma conduta. Portanto, muitas vezes, quando o particular constrange outrem a fazer o que a lei manda está praticando o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP).

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre com a conduta criminosa; o objeto jurídico é a liberdade física ou psíquica do ser humano.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na ocorrência de efetivo constrangimento); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“constranger” implica em ação) e, excepcionalmente comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa. Trata-se de um tipo *subsidiário*,

que cede à aplicação de outras figuras típicas mais graves. Ex.: o estupro é uma forma de constrangimento ilegal, embora específica. O agente constrange a mulher, valendo-se de violência ou grave ameaça, para obter a conjunção carnal.

10. Aplicação cumulativa da pena: originariamente, o preceito secundário do tipo prevê a alternância da pena: privativa de liberdade *ou* multa. Entretanto, se estiverem presentes a “reunião de mais de três pessoas” ou o “emprego de armas” impõe-se, por acumulação, as duas penas.

11. Causa de aumento de pena: além da cumulação, comentada acima, havendo a participação de pelo menos quatro pessoas ou a utilização de armas, deve o juiz dobrar a pena aplicada. O crime de constrangimento ilegal é infração de menor potencial ofensivo. Volta-se à proteção da liberdade pessoal. Por isso, havendo a participação de mais de três pessoas, conforme o caso, nada impede a configuração do crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP), podendo ocorrer o concurso material. O mesmo se diga se houver a utilização de armas. Conforme a situação, pode-se configurar algum dos delitos previstos na Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), igualmente em concurso material.

12. Conceito de arma: tendo em vista que o tipo penal não especificou, é possível incidir a figura do aumento de pena se houver arma própria (as que são destinadas originariamente ao ataque e à defesa, como as armas de fogo) ou arma imprópria (instrumentos que não são destinados ao ataque ou à defesa, mas podem ser utilizados para tal finalidade, como uma faca de cozinha ou um canivete).

13. Sistema da acumulação material: como expusemos na nota 101-A ao

art. 69, há situações em que o legislador estabelece uma punição mais severa, sem implicar em *bis in idem*. É o que ocorre com o constrangimento ilegal. Para que se configure, torna-se necessária a atuação do agente com violência ou grave ameaça – ou outro meio capaz de reduzir a resistência da vítima – motivo pelo qual o resultado proveniente da referida violência (lesão corporais, por exemplo), não deveria ser objeto de punição. Como regra, assim ocorre (veja-se o exemplo do roubo – art. 157 – onde pode haver o emprego de violência e esta não é punida à parte). Mas, por entender que a utilização da violência torna a infração particularmente grave, impõe-se, legalmente, que, além das penas cominadas ao delito de constrangimento ilegal, deve o magistrado aplicar, ainda, a resultante do crime originário da violência utilizada.

14. Causas excludentes da tipicidade: diante da especial redação do tipo, nota-se que a prática de intervenção cirúrgica, justificada por iminente perigo de vida, ou a coação para impedir suicídio são fatos *atípicos*, pois a lei vale-se da seguinte expressão: “Não se compreendem na disposição deste artigo”. Assim, fica clara a finalidade de não considerar típicas tais situações. Não houvesse esse dispositivo e essas práticas poderiam ser consideradas causas de exclusão da ilicitude (estado de necessidade ou legítima defesa, conforme o caso).

15. Intervenção médico-cirúrgica: é possível que um paciente, correndo risco de vida, não queira submeter-se à intervenção cirúrgica, determinada por seu médico, seja porque tem medo, seja porque deseja morrer ou por qualquer outra razão. Entretanto, já que a vida é bem indisponível, a lei fornece autorização para que o médico promova a operação ainda que a contragosto. Não se

trata de *constrangimento ilegal*, tendo em vista a ausência de tipicidade. Como se disse, não houvesse tal dispositivo, ainda assim o médico poderia agir, embora nutrido pelo estado de necessidade, que iria excluir a antijuridicidade.

16. Impedimento de suicídio: o suicídio é conduta ilícita, pois a vida, como se salientou, é protegida constitucionalmente e considerada bem indisponível. Portanto, quem tenta se matar pode ser impedido, à força, se preciso for, por outra pessoa. Essa coação será considerada *atípica*. Ainda que não houvesse tal dispositivo, qualquer um poderia impedir a tentativa de suicídio de outrem, abrigado pela legítima defesa de terceiro (lembremos que a autolesão é conduta ilícita, ainda que não punida pelo direito penal).

Ameaça

Art. 147. Ameaçar¹⁷⁻¹⁸ alguém,¹⁹⁻²⁰ por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico,²¹ de causar-lhe mal injusto e grave:²²⁻²⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.²⁵

17. Análise do núcleo do tipo: ameaçar significa procurar intimidar alguém, anunciando-lhe um mal futuro, ainda que próximo. Por si só, o verbo já nos fornece uma clara noção do que vem a ser o crime, embora haja o complemento, que se torna particularmente importante, visto não ser qualquer tipo de ameaça relevante para o direito penal, mas apenas a que lida com um “mal injusto e grave”.

18. Ameaça atual ou futura: há quem sustente ser irrelevante que o mal a ser

praticado seja atual ou futuro, vale dizer, quem ameaça outrem de causar-lhe um mal imediato cometeria o mesmo crime de alguém que ameaça causar o mal no futuro. Preferimos a posição daqueles que defendem somente a possibilidade do mal ser futuro. O próprio núcleo do tipo assim exige. Ameaçar, como se viu, é anunciar um mal futuro, ainda que próximo, não tendo cabimento uma pessoa ser processada pelo delito de ameaça quando diz que vai agredir a vítima de imediato, sendo segura por terceiros que separam a contenda. Ou o agente busca intimidar o seu oponente, prometendo-lhe a ocorrência de um mal injusto e grave que *vai acontecer*, ou está prestes a cometer um delito e avizinha-se dos atos executórios, portanto, de uma tentativa, caso não chegue à consumação. A preparação de um crime não necessariamente constitui-se em crime autônomo, ou seja, ameaça. Ex.: o sujeito diz que vai pegar a arma para matar o seu rival, o que, de fato, está fazendo. Deve ser considerado um ato preparatório ou até mesmo executório do delito de homicídio. Se o objeto do crime é justamente a tranquilidade de espírito da pessoa – que, de fato, não há durante uma contenda –, como se pode chamar de ameaça o anúncio de um mal imediato? Durante uma discussão, alguém toma às mãos uma faca e diz que vai furar o oponente... Seria ameaça ou tentativa de lesão corporal? Cremos ser um ato preparatório ou executório, conforme o caso, do delito de lesão corporal (não havendo, naturalmente, a intenção homicida, que configuraria outro crime).

19. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa pode cometer e sofrer o delito de ameaça. Exige-se, por óbvio, do sujeito passivo a capacidade de compreensão e entendimento da ameaça realizada. Não se pode ameaçar, por exemplo, um louco

ou uma criança de pouquíssima idade, pessoas que não se deixam afetar por aquilo que lhes é incompreensível. Aliás, quanto à criança, é preciso cautela ao excluí-la da proteção do tipo penal de ameaça. Cremos que toda criança que já possua capacidade de entendimento do mal injusto e grave que se lhe está anunciando pode ser sujeito passivo do delito. Afastar toda e qualquer criança seria negar uma proteção indispensável ao ser humano de tenra idade, que é a paz de espírito. Ressalte-se, ainda, que inexistente o delito de ameaça contra sujeito indeterminado.

20. Elemento subjetivo: somente se pune a ameaça quando praticada dolosamente. Não existe a forma culposa e não se exige qualquer elemento subjetivo específico, embora seja necessário que o sujeito, ao proferir a ameaça, esteja consciente do que está fazendo. Em uma discussão, quando os ânimos estão alterados, é possível que as pessoas troquem ameaças sem qualquer concretude, isto é, são palavras lançadas a esmo, como forma de desabafo ou bravata, que não correspondem à vontade de preencher o tipo penal. Por isso, ainda que não se exija do agente estar calmo e tranqüilo, para que o crime possa se configurar, também não se pode considerar uma intimidação penalmente relevante qualquer afronta comumente utilizada em contendas. Não se pode invocar uma regra teórica absoluta nesses casos, dependendo da sensibilidade do juiz ou do promotor no caso concreto. Do mesmo modo deve-se analisar a questão da ameaça produzida por quem está embriagado. Pode ou não excluir o delito, dependendo da seriedade empregada pelo agente e captada pela vítima.

21. Meios de praticar a infração penal: a lei prevê a possibilidade de se praticar o crime de ameaça através do uso variado

de palavras, escritos, gestos ou quaisquer outros meios simbólicos (ex.: desenhos, ilustrações, mensagens transmitidas por e-mail etc.).

22. Mal injusto e grave: é preciso ser algo nocivo à vítima, além de se constituir em prejuízo grave, sério, verossímil e injusto (ilícito ou meramente iníquo, imoral). Inexiste ameaça quando o mal anunciado é improvável, isto é, liga-se a credices, sortilégios e fatos impossíveis. Por outro lado, é indispensável que o ofendido efetivamente se sinta ameaçado, acreditando que algo de mal lhe pode acontecer; por pior que seja a intimidação, se ela não for levada a sério pelo destinatário, de modo a abalar-lhe a tranquilidade de espírito e a sensação de segurança e liberdade, não se pode ter por configurada a infração penal. Afinal, o bem jurídico protegido não foi abalado. O fato de o crime ser formal, necessitando somente de a ameaça ser proferida, chegando ao conhecimento da vítima para se concretizar, não afasta a imprescindibilidade do destinatário sentir-se, realmente, temeroso. O resultado naturalístico que *pode* ocorrer é a ocorrência do mal injusto e grave, que seria somente o exaurimento do delito.

23. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é a paz de espírito, a segurança e a liberdade da pessoa humana.

24. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, embora possa ocorrer); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“ameaçar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impró-

prio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser cometido por um único ato ou por vários); admite tentativa, em tese, conforme o meio de execução eleito (ex.: ameaça feita por escrito), embora seja de difícil configuração.

25. Ação pública condicionada: o Ministério Público somente está autorizado a agir, ingressando com a ação penal, caso a vítima ofereça representação, o que reforça a idéia de que é preciso que a parte ofendida tenha, de fato, levado a sério a intimidação feita pelo agente.

Seqüestro e cárcere privado

Art. 148. Privar²⁶⁻²⁷ alguém²⁸ de sua liberdade,²⁹ mediante seqüestro ou cárcere privado:³⁰⁻³³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1.º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos:³⁴

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente^{35-35-A} ou maior de 60 (sessenta) anos.^{35-B}

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital;³⁶

III – se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias;³⁷

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;^{37-A-37-B}

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.^{37-C}

§ 2.º Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:³⁸

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

26. Análise do núcleo do tipo: privar significa tolher, impedir, tirar o gozo, despossar. Portanto, o núcleo do tipo refere-se à conduta de alguém que restringe a liberdade de outrem, entendida esta como o direito de ir e vir – portanto físico, e não intelectual. Aliás, tal sentido fica nítido quando o tipo penal utiliza, parecendo uma repetição gratuita, a expressão “mediante seqüestro ou cárcere privado”. Há uma insistência proposital na construção deste tipo penal incriminador, pois “seqüestrar” significa, por si só, retirar a liberdade de alguém, tanto assim que o legislador utilizou tal verbo na configuração do delito de extorsão mediante seqüestro (art. 159), mencionando “seqüestrar pessoa com o fim de...”. No caso do art. 148, pretendendo demonstrar que a privação da liberdade é na esfera do direito de ir e vir, e não se relaciona à privação de idéias ou da liberdade de expressão de pensamentos e opiniões, valeu-se o legislador do *bis in idem*, ao mencionar “privar a liberdade”, mediante “seqüestro” ou “cárcere privado”. O seqüestro não tem o significado de tolhimento de liberdade de expressão, o que tornou bem clara a primeira parte do dispositivo “privar alguém de sua liberdade”.

27. Situação de permanência: a privação da liberdade de alguém, mediante seqüestro ou cárcere privado, exige permanência, isto é, deve perdurar no tempo por lapso razoável. Tanto assim que o crime é permanente, aquele cuja consumação se prolonga no tempo. Uma conduta instantânea de impedir que alguém faça alguma coisa que a lei lhe autoriza concretizar, segurando-a por alguns minutos, configura o delito de constrangimento ilegal. O fato de se exigir uma situação de permanência não significa que, para a consumação do crime do art. 148, haja necessidade de muito tempo. O importante é detectar a intenção do agente

para a tipificação do delito correto: se o autor age com a intenção de reter a vítima por pouco tempo para que não pratique determinado ato, é constrangimento ilegal; se atua com a vontade de reter a vítima para cercear-lhe a liberdade de locomoção, é seqüestro; se atua com a intenção de privar-lhe a liberdade para exigir alguma vantagem, trata-se de extorsão mediante seqüestro.

28. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa pode cometer e sofrer esse delito.

29. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há a forma culposa, nem tampouco se exige qualquer vontade específica.

30. Seqüestro e cárcere privado: seqüestrar significa tolher a liberdade de alguém ou reter uma pessoa indevidamente em algum lugar, prejudicando-lhe a liberdade de ir e vir. É a conduta-gênero, da qual é espécie o cárcere privado. Manter alguém em *cárcere privado* é o mesmo que encerrar a pessoa em uma prisão ou cela – recinto fechado, sem amplitude de locomoção –, portanto de significado mais restrito que o primeiro. Cremos que a simples menção a seqüestro já era suficiente, dispensando-se o cárcere privado, que está inserido no primeiro contexto.

31. Objetos material e jurídico: quem sofre a conduta, com o cerceamento da liberdade, é o objeto material; o objeto jurídico é a liberdade de ir e vir.

32. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na privação da liberdade da vítima) mas formal (crime que não necessita alcançar a finalidade pretendida pelo agente para consumir-se) na modalidade qualificada do inciso V do § 1.º; de forma

livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso; permanente (cujo resultado se prolonga no tempo, enquanto a liberdade estiver sendo cerceada); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente, como regra, mas não afastando a possibilidade de ser cometido por um único ato (unissubsistente), na forma omissiva de não autorizar a soltura de quem legalmente merece; admite tentativa, na forma comissiva, embora de difícil configuração. Pouco tempo de privação de liberdade é suficiente para a configuração do tipo penal.

33. Consentimento do ofendido: cremos que elide o crime se a vítima concordar com a situação que lhe impõe a privação da liberdade. Não se trata de direito indisponível, salvo se ofender a ética e o bom senso, como, por exemplo, colocar uma pessoa numa cela, no porão de uma casa, tratando-a como se prisioneira fosse. Nesta situação o consentimento da vítima não tem efeito.

34. Tipos qualificados: as hipóteses retratadas nos §§ 1.º e 2.º constituem qualificadoras, pois alteram o mínimo e o máximo para a fixação da pena, demonstrando maior reprovabilidade nessas condutas.

35. Relações familiares: em várias oportunidades e conforme o tipo penal, quis o legislador aplicar pena mais grave ao agente que pratica crime contra seus familiares, uma vez que entre estes deve haver o dever de mútua assistência e amparo, jamais o cometimento de delitos (vide art. 61, II, e, CP). O parentesco pode ser natural ou civil, pois a lei não faz distinção. Descartase, entretanto, a relação de afinidade, como as figuras do *pai de criação* e afins de um modo geral. Não se aceita, também, pelo princípio da legalidade estrita que vige em

direito penal, qualquer inclusão de concubinos ou companheiros.

35-A. União estável: ampliando os direitos inerentes à família constituída pela união estável, constitucionalmente tutelada (art. 226, § 3.º), a Lei 11.106/2005 inseriu, dentre as possibilidades de agravamento da pena, a prática do delito contra companheiro ou companheira, o que é natural, pois já se encontravam, no contexto do seqüestro ou cárcere privado qualificado, o ascendente, o descendente e o cônjuge.

35-B. Idoso: conferiu-se mais severa punição ao agente de crime contra pessoa maior de 60 anos a partir da edição da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). A medida é salutar, pois, lamentavelmente, não são poucos os casos de idosos confinados em cárcere privado por parentes ou mesmo estranhos, justamente porque são mais frágeis, defendendo-se com precariedade.

36. Internação fraudulenta: a maior reprovação que decorre dessa conduta situa-se na fraude com que atua o agente. Valendo-se de pretensa doença mental, por vezes até simulada através do emprego de substâncias entorpecentes, consegue o autor que, oficialmente, a vítima seja internada para se tratar, quando na realidade não é enferma. Naturalmente, se o agente interna a própria mãe, por exemplo, há de ser considerada a presença de duas qualificadoras, produzindo efeito na aplicação da pena (incisos I e II). Quando há mais de uma qualificadora configurada para o mesmo delito, a segunda passa a valer como circunstância legal (agravante), se houver, ou como circunstância judicial (art. 59, CP).

37. Privação da liberdade de longa duração: a liberdade, bem precioso e fundamental do ser humano, não deve ser cerceada um minuto sequer, caso a lei não

autorize. Por isso, uma privação de liberdade que dure mais de 15 dias, na consideração do legislador, merece maior reprovação e, conseqüentemente, elevação da pena. Aliás, quanto mais longa for a duração do tolhimento à liberdade de alguém, maiores são as chances de danos físicos e psíquicos para a vítima.

37-A. Ofendido menor de 18 anos: finalmente, deve-se salientar um acerto do legislador, que inseriu, dentre as hipóteses de qualificação do delito, ser a vítima menor de 18 anos, portanto, adolescente ou criança. Há situações legais em que tal proteção, merecedora de existir, pois se cuida de pessoa ainda em formação física e mental, é voltada somente à criança – e não ao adolescente (como ocorre com o art. 61, II, *h*, CP); noutros casos, trata-se somente de parte da adolescência (como acontece com o art. 121, § 4.º, cujo aumento de pena se dá quando o homicídio é cometido contra menor de 14 anos. Vide nota 47 ao art. 121).

37-B. Confronto com o art. 230 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): estabelece o referido art. 230: “Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais”. Temos sustentado que este delito não se confunde com o previsto no art. 148 do Código Penal, em particular com a figura qualificada prevista no art. 148, § 1.º, IV. Cuida-se, na realidade, de figura mais branda que a prevista no Código Penal, envolvendo somente a apreensão de menor de 18 anos, sem flagrante ou ordem

judicial. Apreender significa, neste caso, prender, mas não colocar em cárcere. Em outros termos, quem fizer a apreensão do menor, sem as formalidades legais (cf. art. 106 da Lei 8.069/90), incide na figura do art. 230. Aquele que privar o menor de 18 anos de sua liberdade, inserindo-o em cárcere, deve responder pelo art. 148, § 1.º, IV, do Código Penal, com pena mais grave. A mera apreensão (retenção, prisão por algumas horas, detenção para averiguação) configura o delito do art. 230; outras formas mais duradouras de privação de liberdade equivalem, em nosso entendimento, ao seqüestro ou cárcere privado. Aliás, não teria o menor sentido uma lei de proteção à criança ou adolescente considerar infração de menor potencial ofensivo a privação ilegal e duradoura da liberdade do menor de 18 anos, prevendo pena de detenção, de seis meses a dois anos, enquanto o Código Penal comina pena de reclusão, de dois a cinco anos.

37-C. Finalidade libidinosa: esta é outra modificação racional da Lei 11.106/2005, que aboliu o vetusto delito de rapto (arts. 219 e 220), incluindo, dentre as possibilidades de qualificação do seqüestro ou cárcere privado, a finalidade libidinosa do agente. Aliás, sempre defendemos, em edições anteriores desta obra, a extinção do crime de rapto, pois não passava de um “seqüestro para fim libidinoso”. A correção foi feita pelo legislador. Portanto, na forma qualificada (“privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado, para fins libidinosos”), temos um delito formal, que se materializa quando a liberdade for cerceada, independentemente de atingir o autor o fim objetivado.

38. Maus-tratos e natureza da detenção: poder-se-ia dizer, num primeiro momento, tratar-se de resultado qualifi-

cador (crime qualificado pelo resultado), mas não é o caso. O tipo penal se alterou para serem incluídos os maus-tratos e a natureza da detenção. Portanto, não é o grave sofrimento – físico ou moral – uma simples resultante do seqüestro ou cárcere privado, mas sim de particular modo de praticar o crime. Assim, o agente que priva a liberdade de outrem e, além disso, submete a vítima a maus-tratos (ex.: espancando-a ou ameaçando-a constantemente, enquanto sua liberdade está tolhida) ou coloca-a em lugar imundo e infecto, causando-lhe, além da conta, particularizado sofrimento físico ou moral, deve responder mais gravemente. Havendo lesão corporal, não fica esta absorvida pelo crime de seqüestro ou cárcere privado qualificado. Há concurso material, pois a ofensa à integridade física não é necessariamente o modo pelo qual se pratica a forma qualificada (§ 2.º) do delito do art. 148. Daí por que deve-se levar em consideração o outro ânimo com que agiu o autor, que é o de ofender a integridade corporal ou a saúde da vítima.

Redução a condição análoga à de escravo

Art. 149. Reduzir ³⁹ alguém ⁴⁰⁻⁴¹ a condição análoga ⁴² à de escravo, ⁴³⁻⁴⁶ quer submetendo-o a trabalhos forçados ^{46-A} ou a jornada exaustiva, ^{46-B} quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, ^{46-C} quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. ^{46-D}

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. ^{46-E}

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; ^{46-F}

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ^{46-G} ou se apodera de documentos

ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. ^{46-H}

§ 2.º A pena é aumentada de 1/2 (metade), se o crime é cometido: ^{46-I}

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. ^{46-J}

39. Análise do núcleo do tipo: *reduzir*, no prisma deste tipo penal, significa subjugar, transformar à força, impelir a uma situação penosa. Antes da modificação introduzida pela Lei 10.803/2003, a previsão do art. 149 era apenas a seguinte: “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”, o que exigia a utilização, nem sempre recomendável, da analogia – embora nesse caso fosse opção do próprio legislador. Assim, reduzir uma pessoa à condição semelhante à de um escravo evidenciava um tipo específico de seqüestro ou cárcere privado, pois os escravos não possuíam um dos bens mais sagrados dos seres humanos, que é a liberdade, associado à imposição de maus tratos ou à prática da violência. A alteração legislativa teve nitidamente por finalidade atacar o grave problema brasileiro do “trabalho escravo”, muito comum em fazendas e zonas afastadas dos centros urbanos, onde trabalhadores são submetidos a condições degradantes de sobrevivência e de atividade laborativa, muitos sem a remuneração mínima estipulada em lei, sem os benefícios da legislação trabalhista e, o que é pior, levados a viver em condições semelhantes a dos escravos, de triste memória na nossa história. E na atual redação do tipo penal do art. 149 não mais se exige, em todas as suas formas, a união de tipos penais como seqüestro ou cárcere privado com maus tratos, bastando que se siga a orientação descritiva do preceito primário. Destarte, para reduzir uma pessoa a condição análoga à de escravo pode bastar submetê-la a trabalhos forçados ou jornadas exaus-

tivas, bem como a condições degradantes de trabalho. De resto, nas outras figuras, deve-se fazer algum tipo de associação à restrição à liberdade de locomoção, sob pena de se confundir este delito com as formas previstas no art. 203 deste Código. Mas, em suma, as situações descritas no art. 149 são alternativas e não cumulativas. Certamente a redação do tipo melhorou, pois trouxe mais segurança ao juiz, pautando-se pelo princípio da taxatividade.

40. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora, como regra, passe a ser o empregador e seus prepostos. O sujeito passivo, entretanto, somente pode ser a pessoa vinculada a uma relação de trabalho. O tipo do art. 149, antes da modificação trazida pela Lei 10.803/2003, era amplo e colocava como sujeito passivo qualquer pessoa (alguém). Atualmente, no entanto, embora tenha mantido a palavra “alguém” no tipo, em todas as descrições das condutas incriminadas faz referência a “empregador” ou “trabalhador”, bem como a “trabalhos forçados” ou “jornadas exaustivas”. Poder-se-ia até mesmo sustentar que o crime de redução a condição análoga à de escravo ficaria mais bem situado no contexto dos crimes contra a organização do trabalho, mas a razão de se cuidar dele no Capítulo VI do Título I da Parte Especial é o envolvimento da liberdade individual de ir e vir.

41. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Não se exige elemento subjetivo específico, nas modalidades previstas no *caput*, mas, sim, nas formas do § 1.º: “com o fim de retê-lo no local de trabalho”.

42. Analogia: antes, como explicitado na nota 39 supra, o tipo penal valia-se de modo integral da interpretação analógica. O modelo de conduta proibida era baseado

num processo de comparação, sem o qual não se conseguia chegar à definição do delito. Assim, pretendia a lei construir um tipo indicando que a imposição a alguém de uma situação semelhante ou comparável àquela vivenciada pelos escravos configurava o delito do art. 149, cuja pena sempre foi maior do que a prevista no art. 148, *caput*; o que fazia sentido, uma vez que nem toda privação da liberdade precisaria colocar a pessoa próxima à condição de um escravo. Não mais se necessita integralmente, na atual redação, da interpretação analógica, uma vez que o legislador descreveu o que entende por “situação análoga à de escravo”, bastando, pois, a adequação do fato ao modelo legal de conduta proibida.

43. Escravo: continua a ser um elemento normativo do tipo, que depende da interpretação cultural do juiz. Escravo, em análise estrita, era aquele que, privado de sua liberdade, não tinha mais vontade própria, submetendo-se a todos os desejos e caprichos do seu amo e senhor. Era uma hipótese de privação da liberdade em que imperava a sujeição absoluta de uma pessoa a outra. Logicamente, agora, para a configuração do delito, não mais se necessita voltar ao passado, buscando como parâmetro o escravo que vivia acorrentado, levava chibatadas e podia ser aprisionado no pelourinho. É suficiente que exista uma submissão fora do comum, como é o caso do trabalhador aprisionado em uma fazenda, com ou sem recebimento de salário, porém, sem conseguir dar rumo próprio à sua vida, porque impedido por seu pretenso patrão, que, em verdade, busca atuar como autêntico “dono” da vítima. O conceito de *escravo* deve ser analisado em sentido amplo, pois o crime pode configurar-se tanto na submissão de alguém a trabalhos forçados *ou* a jornadas exaustivas como também no tocante à restrição da liberdade de locomoção.

44. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa aprisionada como se escravo fosse; o objeto jurídico é a liberdade do indivíduo de ir, vir e querer. Ver a nota 46-J abaixo.

45. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na privação da liberdade ou de qualquer situação degradante ou abusiva na atividade laborativa); de forma vinculada (podendo ser cometido pelos meios descritos no tipo); comissivo (“reduzir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); permanente (cujo resultado se prolonga no tempo); de dano (consuma-se com efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, que é a liberdade em sentido amplo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

46. Consentimento da vítima: pode afastar a configuração do delito, desde que a situação na qual se veja envolvido o ofendido não ofenda a ética social e os bons costumes.

46-A. Trabalhos forçados: é a atividade laborativa desenvolvida de maneira compulsória, sem voluntariedade, pois implica em alguma forma de coerção caso não desempenhada a contento. Cumpre ressaltar que até mesmo aos condenados, veda, a legislação brasileira, a imposição da pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c, CF), motivo pelo qual é inconcebível que qualquer pessoa seja submetida a essa forma de trabalho.

46-B. Jornada exaustiva: é o período de trabalho diário que foge às regras da

legislação trabalhista, exaurindo o trabalhador, independentemente de pagamento de horas extras ou qualquer outro tipo de compensação. Entretanto, diversamente do contexto dos trabalhos forçados (que, pela sua própria natureza, são compulsoriamente exigidos), a jornada exaustiva pode ser buscada pelo próprio trabalhador, por vezes para aumentar sua remuneração ou conseguir algum outro tipo de vantagem. Para a configuração do crime do art. 149 é preciso que o patrão *submeta* (isto é, exija, subjugue, domine pela força) o seu empregado a tal situação. Se se cuidar de vontade própria do trabalhador não se pode falar em concretização da figura típica (vide a nota 46 supra).

46-C. Condições degradantes de trabalho: *degradação* significa rebaixamento, indignidade ou aviltamento de algo. No sentido do texto, é preciso que o trabalhador seja submetido a um cenário humilhante de trabalho, mais compatível a um escravo do que a um ser humano livre e digno. Logo, apesar de se tratar de tipo aberto, dependente, pois, da interpretação do juiz, o bom senso está a indicar o caminho a ser percorrido, inclusive se valendo o magistrado da legislação trabalhista, que preserva as condições mínimas apropriadas do trabalho humano.

46-D. Restrição da liberdade de locomoção: é lógico supor que o cárcere privado é medida ilustrativa da condição de escravo, mormente quando associada a perda da liberdade de ir e vir com o trabalho desgastante ou degradante. Entretanto, o tipo penal utilizou, como já exposto, a forma alternativa, bastando que o empregador submeta o trabalhador a trabalhos forçados *ou* a jornadas exaustivas *ou* a trabalho degradante *ou mesmo* a uma situação de vínculo obrigatório com o local de trabalho, através

do artifício de constituir o trabalhador em eterno devedor, uma vez que o obriga a efetuar suas compras de caráter pessoal em loja ou equivalente pertencente ao próprio patrão, fazendo com que sua dívida nunca esteja quitada e, com isso, sua liberdade para deixar o emprego, manietada. Assim, *qualquer que seja o meio empregado*, se a liberdade de ir e vir do trabalhador for cerceada *em função* de dívida contraída com o empregador ou preposto seu, configura-se o delito do art. 149. Caso o patrão proporcione ao empregado a oportunidade de adquirir bens em comércio de sua propriedade – o que não é por si só ilícito – não pode jamais vincular a saída do empregado do seu posto em virtude da existência de dívida. Difere este delito do previsto no art. 203, § 1.º, I, do Código Penal, pelo fato de que, na redução à condição análoga à de escravo, o patrão restringe a liberdade de *locomção* porque o empregado lhe deve algo em razão de dívida, logo é o equivalente a impor um cárcere privado por conta de dívida não paga. Naquele delito contra a organização do trabalho (figura residual, porque mais branda), o empregador obriga o trabalhador a usar mercadoria de determinado estabelecimento com o fim de vinculá-lo, pela dívida contraída, ao seu posto de trabalho, mas sem afetar sua liberdade de locomoção. Assim, caso o trabalhador se sinta vinculado ao lugar de trabalho por conta de dívida, embora possa ir e vir, concretiza-se o tipo penal do art. 203, § 1.º, I, mas se não puder locomover-se em face disso, o delito passa a ser o do art. 149. Ademais, o crime do art. 203, § 1.º, I, é formal, enquanto o do art. 149 é material (deve envolver sempre restrição efetiva à liberdade de ir e vir).

46-E. Acumulação material e multa: a pena do delito do art. 149 foi modificada, acrescentando-se multa, o que é correto, uma vez que o empregador, ao reduzir al-

guém a condição análoga à de escravo, busca o lucro, bem como implementando-se o sistema da acumulação material, ou seja, além de responder por crime contra a liberdade individual, caso haja o emprego de violência (ex.: lesões corporais), responderá também por este delito, somando-se as penas.

46-F. Cerceamento de meio de transporte: o disposto nos incisos I e II do § 1.º do art. 149, constituem tipos básicos autônomos, embora sujeitos às mesmas penas das condutas previstas no *caput*. São formas, portanto, de redução a condição análoga à de escravo: cerceamento de utilização de meio de transporte, objeto de análise desta nota, bem como manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou apossamento de documentos ou objetos pessoais do trabalhador. No caso do inciso I, a conduta típica prevê a restrição à livre opção do trabalhador de se ausentar do lugar de trabalho, valendo-se do meio de transporte que deseje e seja apto a tanto. Assim, qualquer método empregado pelo patrão para impedir que o trabalhador se afaste pode configurar o delito do art. 149. Note-se que a figura típica foi idealizada para as fazendas, distantes de centros urbanos, que possuem meios de transporte próprios para levar e buscar os trabalhadores às cidades e vilarejos próximos. Nesse contexto, não é incomum que o patrão, dono dos meios de transporte, com o fito de reter os empregados no lugar de trabalho, retire esse veículo, fazendo com que a locomoção para outro local deixe de ser viável. Nada impede, no entanto, que o crime se perfaça também em centros urbanos, pois a conduta típica admite o cerceamento do uso de *qualquer meio de transporte* e não somente os de propriedade do empregador.

46-G. Manutenção de vigilância ostensiva no lugar de trabalho: manter, por si só, vigilância ostensiva, isto é, cuidados

de proteção visíveis no local de trabalho não configura o crime (é o que ocorre num banco, onde existe guarda armada), pois a finalidade do crime previsto no art. 149 é, através de vigilância aparente – armada ou não –, reter o empregado no lugar de trabalho. Há, pois, elemento subjetivo específico. É o que ocorre, infelizmente com certa frequência, em fazendas onde capangas armados não permitem que trabalhadores saiam dos seus postos, tal como se fazia no passado com os escravos.

46-H. Aposseamento de documentos ou objetos pessoais: a figura é semelhante à existente no art. 203, § 1.º, II, do Código Penal, que é delito contra a organização do trabalho. A diferença consiste em que, no caso do art. 149, o aposseamento dos documentos ou dos objetos pessoais do trabalhador impede que ele deixe o local de trabalho, caracterizando condição análoga à de escravo. No outro delito, o empregador retém documentos pessoais ou contratuais, sem afetar a liberdade de locomoção, com o fito de manter o vínculo com o empregado. Este, impossibilitado de apresentar documentos pessoais a outra empresa, por exemplo, acaba ficando no seu posto. É preciso considerar que o tipo penal do art. 203 passa a ser subsidiário, ou seja, quando não configurada a hipótese de redução a condição análoga à de escravo, por meio da retenção deliberada dos documentos ou pertences do trabalhador, impedindo sua liberdade de ir e vir, resta a punição pelo impedimento à liberdade de escolha do seu posto de trabalho. O fator diferencial há de ser a liberdade de locomoção, associada, evidentemente, à duração da conduta. O crime do art. 149 é permanente, pois fere a liberdade individual, enquanto o do art. 203 é instantâneo, configurando-se numa única ação, sem necessário prolongamento, voltando-se à liberdade de escolha de trabalho.

46-I. Causas de aumento de pena: impõe-se o aumento de metade no processo de fixação da pena quando o agente se voltar contra criança (pessoa que tenha até onze anos completos) ou adolescente (pessoa que possua entre doze e dezoito anos), bem como quando o crime sustentar-se em motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Esta última situação não deixa de ser uma forma de *racismo*, por isso é imprescritível e inafiançável, conforme prevê a Constituição Federal (art. 5.º, XLII). Dessa maneira, quem cometer o delito de redução a condição análoga à de escravo motivado por razões de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem será mais severamente apenado, além de não se submeter a pretensão punitiva estatal à prescrição.

46-J. Competência: o crime, na essência, tem por objeto jurídico a proteção à liberdade de ir, vir e querer da pessoa humana. Entretanto, após a modificação introduzida, no tipo penal, pela Lei 10.803/2003, descrevendo, pormenorizadamente, as condutas para a tipificação desta infração penal, verificou-se uma preocupação real com o direito ao livre trabalho. Em outras palavras, embora o crime continue inserido no capítulo pertinente à liberdade individual, há pinceladas sensíveis de proteção à organização do trabalho. Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal fixou como competente a Justiça Federal para apurar e julgar o crime previsto no art. 149 do Código Penal (redução a condição análoga à de escravo). Entretanto, o Pretório Excelso decidiu um caso concreto e deixou expresso que não se trata de um *leading case*, ou seja, uma posição permanente do STF, determinando ser da Justiça Federal a competência para todas as hipóteses de redução a condição análoga à de escravo. No fundo, vislumbrou-se na decisão tomada um forte conteúdo regional, que uniu

uma situação de abuso contra a liberdade individual, direito humano fundamental, com o direito ao trabalho livre (organização do trabalho), envolvendo várias vítimas. Argumentou-se, inclusive, com o fato de se poder transferir à Justiça Federal qualquer delito que importe em grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5.º, CF). O precedente, no entanto, foi aberto. É possível haver crimes de redução a condição análoga à de escravo, unindo lesão à liberdade individual e direito ao livre trabalho, de interesse da União, logo, da Justiça Federal. Em suma, tudo a depender do caso concreto, embora a competência ordinária seja da Justiça Estadual (RE 398041-PA, Pleno, rel. Joaquim Barbosa, 30.11.2006, m. v.).

Seção II

Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio⁴⁷

47. Proteção constitucional: preceitua o art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal, de modo genérico, que os indivíduos têm direito à segurança e à propriedade, o que se relaciona indiretamente com o tema; de modo específico, no inciso XI, garante a inviolabilidade de domicílio, salvo se houver consentimento do morador, flagrante delito, desastre ou necessidade de prestar socorro, ou, ainda, durante o dia, por determinação judicial.

Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer,⁴⁸ clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade⁴⁹ expressa ou tácita⁵⁰ de quem de direito,⁵¹ em casa⁵² alheia ou em suas dependências:⁵³⁻⁵⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

§ 1.º Se o crime⁵⁵ é cometido durante a noite,⁵⁶ ou em lugar ermo,⁵⁷ ou com o emprego de violência ou de arma,⁵⁸ ou por duas ou mais pessoas:⁵⁹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.⁶⁰

§ 2.º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço),⁶¹ se o fato é cometido por funcionário público,⁶² fora dos casos legais,⁶³ ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei,⁶⁴ ou com abuso do poder.⁶⁵⁻⁶⁶

§ 3.º Não constitui crime⁶⁷ a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I – durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;⁶⁸

II – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime⁶⁹ está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.⁷⁰

§ 4.º A expressão “casa” compreende:⁷¹

I – qualquer compartimento habitado;⁷²

II – aposento ocupado de habitação coletiva;⁷³

III – compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.⁷⁴

§ 5.º Não se compreendem na expressão “casa”:

I – hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;⁷⁵

II – taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.⁷⁶

48. Análise do núcleo do tipo: *entrar* significa a ação de ir de fora para dentro, de penetração, enquanto *permanecer* implica em inação, ou seja, deixar de sair, fixando-se no lugar. Para a configuração do delito de invasão de domicílio admite-se tanto a ação de ingresso no lar alheio, quanto a omissão de deixar de sair da casa estranha.

49. Três modalidades de invasão: ao fazer referência à *clandestinidade*, *astúcia* ou

ausência de vontade da vítima, o tipo penal quer demonstrar o seguinte: a) invadir o domicílio de maneira clandestina significa fazê-lo às ocultas, sem se deixar notar; justamente por isso está-se pressupondo ser contra a vontade de quem de direito; b) invadir o domicílio de modo astucioso significa agir fraudulentamente, criando um subterfúgio para ingressar no lar alheio de má-fé, o que também pressupõe ausência de consentimento; c) contra a vontade de quem de direito: essa é a forma geral, que pode dar-se às claras ou de qualquer outro modo, logicamente abrangendo as maneiras clandestina e astuciosa. A vontade, no entanto, pode ser expressa (manifestada claramente) ou tácita (exposta de maneira implícita, mas compreensível). Exemplo deste último é o consentimento tácito que o hóspede dá à camareira para ingressar no quarto por ele ocupado a fim de proceder à limpeza, pelo simples fato de estar num hotel e conhecer as regras que o regem.

50. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa, nem tampouco elemento subjetivo específico. Entretanto, deve-se ressaltar que a existência no tipo da expressão “contra a vontade de quem de direito” faz com que o dolo eventual torne-se figura incompatível. Não se pode assumir o risco de estar ingressando no lar alheio contra a vontade do morador: ou quem ingressa sabe que não pode fazê-lo ou tem dúvida, o que é suficiente para afastar o dolo.

51. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, embora o passivo fique restrito à pessoa que tem direito sobre o lugar invadido. É preciso cautela para interpretar a expressão utilizada no tipo – “quem de direito” –, que envolve a pessoa que tem o poder legal de controlar a entrada e a saída do domicílio.

Ficou nítida a intenção do legislador de conferir a apenas determinadas pessoas a possibilidade de manter ou expulsar alguém do domicílio. Assim, quando se está diante de uma família, não são todos os que podem autorizar ou determinar a permanência ou entrada de terceiros no lar, mas somente o casal (pai e mãe) que, em igualdade de condições, administra os interesses familiares. Entretanto, quando se tratar de um aposento coletivo, qualquer um que tenha direito a ali permanecer pode autorizar a entrada de terceiro, desde que respeitada a individualidade dos demais. Se neste local, no entanto, houver um administrador, cabe a este controlar a entrada e a saída de visitantes (é o que pode ocorrer num condomínio, onde vige um regulamento, a ser controlado e fiscalizado pelo síndico, ao menos no que diz respeito às áreas comuns). Em última análise, é natural supor, por exemplo, que um filho possa permitir o ingresso de alguém do seu interesse no lar comum da família, embora, se a pessoa for inconveniente, possa ser expulsa pelo pai ou pela mãe, ainda que a contragosto do filho. Há de prevalecer, no contexto do domicílio, certa relação de mando legal, vale dizer, abrigado pela lei. Do ponto de vista do sujeito ativo do delito, essa relação de mando e subordinação pode ser difícil de ser captada e compreendida, podendo, nesse caso, haver erro de tipo ou de proibição, conforme o caso.

52. Conceito de casa: o tipo penal fornece o conceito nos §§ 4.º e 5.º, envolvendo qualquer lugar onde alguém habite, que, em regra, não é um local público. Qualquer habitação merece proteção, mesmo que seja de caráter eventual ou precário, como uma barraca de campista ou um barraco de favela. Cremos que uma casa desabitada não pode ser objeto material do delito, pois é nítida a exigência de que o lugar seja ocupado por

alguém. Por outro lado, se o local é ocupado por alguém que, excepcionalmente, está ausente ou viajando, entendemos ser possível a configuração do crime de invasão de domicílio.

53. Objetos material e jurídico: o objeto material é o domicílio invadido, que sofre a conduta de penetração ou permanência; o objeto jurídico é a segurança, a intimidade e a vida privada conferidas pelo domicílio, como refúgio, ao indivíduo.

54. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de mera conduta (delito que exige apenas a conduta, sem qualquer resultado naturalístico); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso; instantâneo, na forma “entrar” (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), e permanente, na forma “permanecer” (cujo resultado se prolonga no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente, conforme o caso (um ou vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma comissiva.

55. Tipo qualificado: estão presentes hipóteses que qualificam o crime, isto é, alteram o mínimo e o máximo no *quantum* abstrato da pena, por implicarem em maior reprovação social da conduta.

56. Conceito de noite: é o período que vai do anoitecer ao alvorecer, pouco importando o horário, bastando que o sol se ponha e depois se levante no horizonte. Há maior preocupação do legislador em punir com rigor a violação de domicílio durante a noite, pois é o período no qual se está menos vigilante e em fase de descanso. Além disso, a própria Constituição prele-

ciona que, à noite, o domicílio se torna asilo inviolável até mesmo às ordens judiciais, somente cedendo quando há flagrante delito, desastre ou dever de prestar socorro, hipóteses nitidamente excepcionais.

57. Lugar ermo: é o local afastado de centros habitados, vale dizer, trata-se de um ponto desértico, descampado. Se, excepcionalmente, houver uma casa nesse lugar – o que, por si só, não o torna *habitado* como regra – que for invadida, a pena do agressor será maior, tendo em vista a maior dificuldade de defesa do morador.

58. Emprego de violência ou arma: a violência deve ser física e exercida contra a pessoa, não contra a coisa (como arrombamento de portas, janelas etc.). A figura qualificada menciona, em dupla, o emprego de violência ou arma, demonstrando uma referência à pessoa, e não à coisa, pois a arma, no contexto da coisa, não teria sentido. É natural supor que a violência física contra a pessoa e o uso de qualquer tipo de arma (próprias – armas de fogo, punhais, entre outras – ou impróprias – facas de cozinha, canivetes, pedaços de pau, entre outros) cause maior intimidação e perigo para a vítima, merecendo maior rigor punitivo. De fato, tem razão Delmanto quando diz que interpretação contrária a essa seria um contra-senso: “A entrada em domicílio forçando a fechadura (violência contra a coisa) qualificaria o comportamento, mas a mesma entrada mediante a ameaça de jogar o proprietário pela janela do sexto andar para baixo (grave ameaça) não tornaria qualificada a conduta” (*Código Penal comentado*, 5. ed., p. 299). Reconhece-se, entretanto, que há posição acolhendo a possibilidade de violência também contra a coisa.

59. Concurso de duas ou mais pessoas: a atuação conjunta de duas ou mais

pessoas torna mais dificultosa a defesa da vítima para impedir a entrada ou a permanência em seu domicílio, de forma que há maior rigor punitivo.

60. Punição dupla quando houver violência: determina a lei que, havendo violência, deve o agente responder não somente pelo delito de invasão de domicílio qualificada, mas também pelo crime que resultou da sua conduta violenta. Não se trata de subsidiariedade, pois, se assim fosse, havendo violência, punir-se-ia somente esta, absorvendo-se o crime do art. 150. Mais uma vez, ousamos insistir que a violência é física e contra a pessoa, o que mostra bom senso do legislador em punir a invasão, acrescida do delito contra a pessoa.

61. Causa de aumento da pena: não se trata de uma qualificadora, mas de uma causa de aumento da pena, pois o legislador prevê um aumento fixo de um terço, que deve ser acrescentado às penas previstas no *caput* ou no § 1.º do artigo.

62. Conceito de funcionário público: é fornecido pelo art. 327 do Código Penal – “Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” –, inclusive em entidade paraestatal.

63. Fora dos casos legais: quando o funcionário público está cumprindo seu dever – como o oficial de justiça que invade um domicílio, possuindo um mandado judicial, para realizar uma penhora –, não cabe falar nem mesmo em crime (estrito cumprimento do dever legal – art. 23, III, CP). Não estando sob o amparo legal, deve responder pelo crime, com a pena agravada, justamente por se tratar de funcionário agindo em nome do Estado, que deve primar pelo respeito à lei. Note-se que o § 3.º,

incisos I e II, deste artigo está a evidenciar as hipóteses em que o ingresso no domicílio deixa de ser considerado crime, o que se coaduna, com perfeição, à excludente genérica do referido art. 23, III, primeira parte.

64. Inobservância das formalidades legais: embora o ato possa ser legal, é possível que o funcionário deixe de respeitar as formalidades previstas em lei. Ex.: o mandado de prisão autoriza que, durante o dia, o policial invada o domicílio para prender o procurado. Entretanto, é formalidade legal e constitucional que a ordem judicial seja cumprida *durante o dia*. Desrespeitar a formalidade provoca o aumento da pena, visto que o funcionário deve saber cumprir corretamente o seu mister.

65. Abuso de poder: o abuso de poder é o desvio de finalidade do funcionário público que, valendo-se do seu cargo, emprego ou função, exagera no desempenho do seu objetivo. Exemplo proveitoso é dado por Roberto Wagner Battochio Casolato ao mencionar o agente que permanece no interior da casa de alguém, embora munido de mandado, mais tempo do que o essencial para atingir sua finalidade, vasculhando desnecessariamente suas dependências (*Os crimes contra a pessoa no Código Penal Parte 2*, p. 99).

66. Inaplicabilidade da violação de domicílio ao funcionário público: a despeito dos comentários formulados, entendemos que o § 2.º do art. 150 não tem mais aplicação, pois toda invasão de domicílio cometida por funcionário público, fora dos casos legais, dispensando as formalidades previstas em lei ou abusando de seu poder, deve ser punida de acordo com o previsto na Lei 4.898/65 (Lei do Abuso de Autoridade), em homenagem ao princípio da especialidade. É preciso destacar que o art. 150 data de

1940, e a referida lei especial não somente é mais recente como regulou totalmente as hipóteses de atentado à inviolabilidade de domicílio por parte do funcionário público, considerado *autoridade* para os fins de aplicação da legislação específica (vide art. 5.º, Lei 4.898/65). “Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...) *b*) à inviolabilidade do domicílio” (art. 3.º, *b*, Lei de Abuso de Autoridade). Por isso, o que foi comentado nas demais notas fica válido para aplicação do crime específico e não do art. 150 do Código Penal. É também a opinião de Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas (*Abuso de autoridade*, 5. ed., p. 33).

67. Causa excludente de ilicitude: trata-se de uma excludente de antijuridicidade específica, embora desnecessária. O que está mencionado neste parágrafo já está abrangido pelo art. 23, III, primeira parte, do Código Penal (estrito cumprimento do dever legal) e pela própria Constituição Federal (art. 5.º, XI), autorizando o ingresso, sem o consentimento do morador, para efetuar prisão em flagrante (dever das autoridades) ou para acudir desastre ou prestar socorro (dever das autoridades, também).

68. Formalidades legais para efetuar uma prisão: ver art. 293, CPP: “Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, *sendo dia*, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; *sendo noite*, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão. Parágrafo único. O morador que

se recusar a entregar o réu oculto em sua casa será levado à presença da autoridade, para que se proceda contra ele como for de direito” (grifamos). A norma processual está em sintonia com o art. 5.º, XI, da Constituição Federal.

69. Abrangência do termo *crime*: tratando-se de tipo penal permissivo entendemos caber, onde se lê “crime”, também o concurso da “contravenção penal”. A meta da lei, ao referir-se à palavra “crime”, foi cuidar do injusto penal – fato típico e antijurídico – ou, na linguagem da doutrina tradicional, do delito *objetivamente* considerado – fato típico e antijurídico –, incluindo-se nitidamente a contravenção penal, que é apenas um “crime de menor gravidade”, mas também uma infração penal, portanto, um injusto.

70. Ingresso autorizado por flagrante delito: é preciso cautela na aplicação desta excludente de ilicitude, porque, aparentemente, estaria *derrogada* pela Constituição Federal. O art. 5.º, XI, é expresso ao autorizar o ingresso na casa de alguém, durante a noite, somente quando houver *flagrante delito*, o que não estaria abrangendo a hipótese de *iminência de cometimento de crime*. As hipóteses de flagrante são claras: estar cometendo a infração penal; ter acabado de cometê-la; ser perseguido, logo após o cometimento do crime, pela autoridade, em situação de presunção de autoria; ser encontrado logo depois do cometimento do delito com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir a autoria (art. 302, CPP). Logo, não se pode invadir o domicílio de alguém, à noite, para impedir um crime que está *prestes a ocorrer*. Entretanto, se houver vítima individualizada – o que pode não ocorrer em todos os tipos de delito (vide o caso dos crimes vagos) –, necessitando ela de socorro, pode valer-se

o agente do dispositivo, quando invadir o domicílio a fim de *prestar socorro*, inserindo-se, portanto, na norma constitucional (art. 5.º, XI, que menciona a situação de “prestar socorro”). Fora dessa hipótese, é de se entender revogada a parte final do inciso II do § 3.º.

71. Norma penal explicativa: o legislador penal, por vezes, lança mão de normas penais que têm por finalidade interpretar ou explicitar o conteúdo de outras, a fim de evitar divergências na doutrina e na jurisprudência, que certamente iriam surgir mais amiúde sem a explicação lançada na lei. O mesmo foi feito, por exemplo, no caso da definição do funcionário público (art. 327).

72. Compartimento habitado: qualquer lugar, sujeito à ocupação do ser humano, é, em regra, passível de divisão. O resultado dessa divisão é o compartimento. Portanto, compartimento habitado é o local específico de um contexto maior, devidamente ocupado por alguém para morar, viver ou usar. Assim, o quarto de um hotel é um compartimento habitado, como também o é o pequeno barraco construído na favela. Vide, também, a nota 73 infra.

73. Aposento ocupado de habitação coletiva: em que pese alguns acreditarem ser redundante este dispositivo, a lei penal tem por meta, em várias oportunidades, ser o mais clara possível. A fim de evitar qualquer tipo de malícia na interpretação do inciso anterior (qualquer compartimento habitado), dando a entender tratar-se de compartimento particular, quis o legislador demonstrar que também gozam de proteção os compartimentos de habitação coletiva (hotéis, motéis, flats, pensões, “repúblicas” etc.) que estejam ocupados por alguém. Assim, um quarto vazio de hotel pode ser invadido, pois é parte de habitação coletiva

não ocupado, mas o crime existe quando o aposento estiver destinado a um hóspede. Conferir: STF: “O conceito de ‘casa’, para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5.º, XI, da CF (*‘XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial’*)”, reveste-se de caráter amplo e, por estender-se a qualquer aposento ocupado de habitação coletiva, compreende o quarto de hotel ocupado por hóspede. Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* para restabelecer a sentença penal absolutória proferida nos autos de processo-crime instaurado contra acusado pela suposta prática dos delitos de estelionato e de falsificação de documento particular. No caso, o tribunal de justiça local reformara a sentença que, por reconhecer a ilicitude da prova, absolvera o recorrente da ação penal originada de documentos obtidos em diligência realizada por agentes policiais que, sem autorização judicial, ingressaram no quarto de hotel por ele ocupado. Inicialmente, salientou-se que os órgãos e agentes da polícia judiciária têm o dever de observar, para efeito do correto desempenho de suas prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelo ordenamento jurídico. Assim, entendeu-se que, tais sujeitos, ao ingressarem no compartimento sem a devida autorização judicial, transgrediram a garantia individual pertinente à inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5.º, XI), que representa limitação ao poder do Estado e é oponível aos próprios órgãos da Administração Pública. Asseverou-se que, em consequência dessa violação, ter-se-ia a ilicitude material das provas obtidas com a questionada diligência (CF, art. 5.º, LVI). Aduziu-se, ainda, que a cláusula constitucional do devido processo legal possui, no dogma da inadmissibilidade

das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o direito de não ser denunciado, julgado e condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado” (RHC 90.376-RJ, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 03.04.2007, v. u., *Informativo* 462).

74. Compartimento fechado ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade: supõe-se, de início, que o compartimento faz parte de um lugar público ou possua uma parte conjugada que seja aberta ao público, já que existe expressa menção a ser o local específico “não aberto ao público”. Nesse caso, se alguém ali exerce profissão ou atividade, é natural considerar-se seu domicílio. Ex.: pode ser o camarim do artista no teatro, o escritório do advogado, o consultório do médico e até o quarto da prostituta num prostíbulo. Observe-se, ainda, que o quintal de uma casa ou a garagem externa da habitação, quando devidamente cercados, fazem parte do conceito de domicílio, penalmente protegido.

75. Hospedaria, estalagem ou outra habitação coletiva: as habitações coletivas, abertas ao público, não gozam da proteção do art. 150, pois admitem a entrada e a permanência de variadas pessoas, sem necessidade de prévia autorização. Os termos são antiquados, embora possuam correspondentes na atualidade. Hospedaria é o local destinado a receber hóspedes que, pagando uma remuneração, têm o direito de ali permanecer por um tempo predeterminado – é o que hoje se conhece por hotel, motel ou flat. Assim, o ingresso no saguão de um hotel não depende de

autorização, pois local aberto ao público, não se constituindo objeto da proteção penal. Estalagem é também lugar para o recebimento de hóspedes, mediante remuneração, embora em menor proporção do que a hospedaria, além de permitir a junção ao fornecimento de refeições. É o que, atualmente, se conhece por pensão, onde há quartos e refeições. A generalização que vem a seguir – “qualquer outra habitação coletiva” – significa qualquer outro lugar coletivo, aberto ao público, incluindo-se as áreas de lazer dos hotéis e motéis, *campings* (não incluídas as barracas), parques etc. Note-se que existe especial ressalva, para não parecer contraditório, do disposto no inciso II do parágrafo anterior, que menciona ser protegido o “apartamento ocupado de habitação coletiva”. Ver a nota 73 supra.

76. Taverna, casa de jogo e outras: da mesma forma que já comentamos no item anterior, esses lugares são tipicamente abertos ao público. Taverna é um termo antiquado que significa o lugar onde são servidas e vendidas bebidas e refeições. São os bares e restaurantes da atualidade. As casas de jogo são, normalmente, proibidas, pois não se aceitam cassinos no Brasil. Eventualmente, pode-se falar em fliperamas, que são jogos permitidos, mas não gozam da proteção penal de domicílio, pois são locais abertos ao público. A generalização se dá em torno dos demais lugares de diversão pública, tais como teatros, cinemas etc.

Seção III

Dos crimes contra a inviolabilidade de correspondência⁷⁷⁻⁷⁸

77. Proteção constitucional: o art. 5.^º, XII, da Constituição Federal preceitua que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados

e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

78. Caráter relativo da proteção constitucional: pela redação do art. 5.º, XII, da Constituição, chega-se, num primeiro instante, à conclusão de que o sigilo da correspondência é assegurando de modo absoluto, pois não há, no dispositivo constitucional, qualquer exceção. Ocorre que, como vem sendo defendido por grande parte da doutrina nacional, bem como pela jurisprudência, não há direitos absolutos, ainda que constitucionalmente previstos. Deve haver plena harmonia entre direitos e garantias fundamentais, a fim de que um não sobrepuje outro. Assim, sustentamos, na esteira das lições de Ada Pellegrini Grinover, Alexandre de Moraes, Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior e outros, que nenhuma liberdade pública é absoluta, devendo ceder em face do princípio da convivência das liberdades; nenhuma delas podendo lesar a ordem pública ou as liberdades alheias. Assim, quando a lei ordinária estabelecer proteção a determinados direitos, que também possuem fundamento constitucional (como vida, segurança, propriedade, entre outros), deve-se considerar possível a violação da correspondência. Não se poderia conceber, num Estado Democrático de Direito, que um criminoso utilizasse, como manto protetor, para a prática de seus delitos, o art. 5.º, XII, da Constituição Federal. Seria esdrúxulo o ordenamento jurídico que desse proteção ao crime em detrimento da segurança e da paz públicas. Por isso, a correspondência de um preso, por exemplo, pode ser devassada, se for imprescindível à segurança do estabelecimento penal ou para evitar o cometimento

de delitos (v.g., tráfico de entorpecentes através do envio de correspondência). Nesse prisma: STF: “Carta de presidiário interceptada pela administração penitenciária – Possibilidade excepcional e desde que respeitada a norma do art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84 – Inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (HC 70.814-5, SP, 1.ª T., rel. Celso de Mello, 01.03.1994, v. u., DJ 24.06.1994, RT 709/418).

Violação de correspondência⁷⁹

Art. 151. Devassar⁸⁰⁻⁸⁴ indevidamente⁸⁵⁻⁸⁷ o conteúdo de correspondência fechada,⁸⁸ dirigida a outrem:⁸⁹⁻⁹⁰

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.⁹¹

Sonegação ou destruição de correspondência⁹²

§ 1.º Na mesma pena incorre:

I – quem se apossa⁹³⁻⁹⁴ indevidamente⁹⁵⁻⁹⁶ de correspondência alheia, embora não fechada⁹⁷ e, no todo ou em parte, a sonega ou destrói;⁹⁸⁻¹⁰¹

Violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica¹⁰²

II – quem¹⁰³ indevidamente¹⁰⁴ divulga, transmite a outrem ou utiliza abusivamente¹⁰⁵⁻¹⁰⁶ comunicação telegráfica¹⁰⁷ ou radioelétrica¹⁰⁸ dirigida a terceiro,¹⁰⁹ ou conversação telefônica entre outras pessoas;¹¹⁰⁻¹¹¹

III – quem impede¹¹² a comunicação ou a conversação referidas no número anterior;¹¹³

IV – quem instala ou utiliza¹¹⁴ estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal.

§ 2.º As penas aumentam-se de metade, se há dano para outrem.¹¹⁵

§ 3.º Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico.¹¹⁶

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 4.º Somente se procede mediante representação, salvo nos casos do § 1.º, IV, e do § 3.º.¹¹⁷

79. Derrogação do art. 151: as figuras típicas previstas no *caput* e no § 1.º foram substituídas pela lei que rege os serviços postais – especial e mais nova –, o que se pode constatar pela leitura do art. 40: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada dirigida a outrem: Pena – detenção, até 6 (seis) meses, ou pagamento não excedente a 20 (vinte) dias-multa. § 1.º Incorre nas mesmas penas quem se apossa indevidamente de correspondência alheia, embora não fechada, para sonegá-la ou destruí-la, no todo ou em parte. § 2.º As penas aumentam-se da metade se há dano para outrem”. Tendo em vista que os tipos penais são praticamente idênticos, os comentários feitos neste Código servem para a Lei 6.538/78, que passou a cuidar do delito de violação de correspondência.

80. Análise do núcleo do tipo: *devassar* significa penetrar e descobrir o conteúdo de algo, é ter vista do que está vedado. Portanto, a conduta proibida pelo tipo penal é descortinar, sem autorização legal, o conteúdo de uma correspondência, que é declarada inviolável por norma constitucional. Não significa necessariamente, embora seja o usual, abri-la, podendo-se violar o seu conteúdo por outros métodos, até singelos, como colocar a missiva contra a luz.

81. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (inclusive o cego, desde que *tome conhecimento* do conteúdo da correspondência de algum modo); o passivo, no entanto, é de dupla

subjetividade, necessitando ser o remetente e o destinatário da correspondência. Faltando um deles, ou seja, se um dos dois autorizar a violação, não pode haver crime. Não teria cabimento punir o agente que tomou conhecimento do conteúdo de uma carta devidamente autorizado pelo destinatário, por exemplo.

82. Falecimento do remetente ou do destinatário: o falecimento do remetente ou do destinatário, em tese, não exclui o delito, embora haja possibilidade legal de se devassar o conteúdo após a morte de um deles. Caso o remetente ainda não tenha colocado a carta no correio – o que a torna de sua propriedade exclusiva –, ocorrendo sua morte, os herdeiros têm direito de tomar conhecimento do conteúdo da correspondência, que agora lhes pertence. O mesmo ocorre com o destinatário que morre antes da carta chegar às suas mãos. Os herdeiros poderão devassar o seu conteúdo, pois não teria cabimento exigir que a correspondência fosse destruída como se não tivesse existido, já que ela pode conter material de interesse de todos. O morto não é sujeito de direitos, de forma que o sigilo, para ele, terminou com a morte. Dir-se-ia que a correspondência também interessa a quem a remeteu, ainda vivo, por exemplo. Ocorre que é humanamente impossível diferenciar uma carta de conteúdo particular, sem interesse para o espólio, daquela que contém dados indispensáveis para a localização de bens ou para o pagamento de dívidas. Por isso, ao enviar a carta, se puder ser interceptada pelo remetente a tempo, a correspondência lhe pertence, mas, se já chegou ao destino, passa a ser propriedade do destinatário que, estando morto, transmite seus valores aos herdeiros. Terceiros, no entanto, podem praticar o crime, caso não sejam os herdeiros legais e devassem a correspondência do falecido.

83. Marido e mulher: é difícil e complexa a questão da violação de correspondência praticada pelo marido com relação à mulher ou vice-versa. Há franca divergência doutrinária e jurisprudencial. Preferimos, no entanto, a posição daqueles que sustentam a licitude da conduta, pois o casamento traz para o casal direitos e deveres incompatíveis com o estado de solteiro, situação de maior isolamento e privacidade do ser humano. É preciso considerar que determinadas regras, válidas para quem cuida da própria vida, sem dever satisfação a ninguém, não são aplicáveis para a vida em comum fixada pelo matrimônio. Não é cabível sustentar uma inviolabilidade total da correspondência, pois há situações que não podem aguardar, como o retorno de uma viagem, por exemplo. O casal pode receber, diariamente, correspondências que representem contas a pagar, carnês de colégios, lojas ou assemelhados, comunicações importantes referentes à vida doméstica e social, convites de toda ordem, enfim, um universo de cartas ou telegramas que interessam, quase sempre, a ambos. É verdade que, em situações normais, ou seja, estando ambos presentes, a ética e a moral impõem o respeito à individualidade alheia, de modo que cada um deve abster-se de tomar conhecimento da correspondência do outro, por mais *comercial* que ela seja. Mas, não estando presente o cônjuge, por razões variadas (viagens, hospitalizações, entre outros motivos), entendemos possível a violação da correspondência, levando-se em conta o que a vida em comum necessariamente impõe (e nem se diga que, nesse caso, haveria estado de necessidade, pois pode não ser a hipótese fática). É, sim, um exercício regular de direito. Como colocada a excludente no tipo penal, através do elemento normativo “indevidamente”, caso a violação seja lícita, a conduta é atípica. Defendemos, ainda, que a constante vio-

lação da correspondência de um cônjuge pelo outro, sem razão plausível, pode até constituir motivo para a separação, pois não é conduta regular, moralmente aceitável, a menos que conte com a expressa concordância de ambos, embora não se possa falar em crime. Seria paradoxal a conduta do cônjuge que, por exemplo, se abstivesse de abrir a correspondência do outro, em viagem de negócios, deixando vencer contas, sem o devido pagamento, ou provocando o perecimento de algum direito, esperando o seu retorno.

84. Correspondência destinada a filhos: logicamente, se os filhos forem maiores, civilmente capazes, ainda morando com os pais, não há o menor cabimento em sustentar a possibilidade de violação da correspondência a eles destinada. Entretanto, o filho menor que, de algum modo, ainda depende dos pais pode ter a sua correspondência por eles violada. Trata-se de uma decorrência natural do pátrio poder – exercício regular de direito. Embora defendamos que os pais não devem fazê-lo, sem que exista um motivo muito sério e justo – como o envolvimento dos filhos menores com drogas ou com a criminalidade –, consistindo atitude antiética devassar a correspondência gratuitamente, cremos não existir crime (não se trata de violação *indevida*).

85. Indevidamente: trata-se de elemento normativo do tipo, que alguns costumavam considerar como o elemento subjetivo do ilícito, pois se trata de uma antecipação do juízo de antijuridicidade para dentro do tipo penal. Logicamente, se o conhecimento do conteúdo de uma correspondência for precedido de autorização do destinatário, por exemplo, deixa de ser *indevido*, razão pela qual não está preenchida a figura típica. O que a lei protege é o *sigilo*

da correspondência, e não a mera devassa da correspondência. Se não há sigilo aplicável, a violação pode ser considerada devida ou lícita.

86. Excludentes de ilicitude específicas: a Lei 6.538/78, no art. 10, preceitua: “Não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta: I – endereçada a homônimo, no mesmo endereço; II – que apresente indícios de conter objeto sujeito a pagamento de tributos; III – que apresente indícios de conter valor não declarado, objeto ou substância de expedição, uso ou entrega proibidos; IV – que deva ser inutilizada, na forma prevista em regulamento, em virtude de impossibilidade de sua entrega e restituição. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III a abertura será feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário”. Cremos dispensável tal dispositivo legal. A primeira hipótese pode perfeitamente encaixar-se no art. 20 (erro de tipo). Se o homônimo crê ser sua a correspondência, abrindo-a, incide no erro de tipo: exclui-se o dolo e não há crime (somente há a punição por dolo, não se admitindo a forma culposa). Se tiver certeza de que não é sua, é óbvio tratar-se de delito configurado, não se podendo considerar válida a hipótese do inciso I, pois seria privilegiar a iniquidade. Os demais casos são formas do exercício regular de direito ou do estrito cumprimento de dever legal, de modo que já previstos no Código Penal.

87. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo específico.

88. Correspondência fechada: não goza da proteção penal a correspondência aberta, deixada ao acesso de terceiros. Embora antiética a conduta de quem toma conhecimento, sem autorização, de corres-

pondência alheia, ainda que aberta, não se pode considerar fato típico, diante da nítida disposição da norma. É o que ocorre, também, com muitos envelopes que contêm a expressão “este envelope pode ser aberto pela Empresa de Correios e Telégrafos”, mostrando a renúncia do remetente ao sigilo do material que está enviando.

89. Objetos material e jurídico: o objeto material é a correspondência que foi violada, não se exigindo que seja redigida em português. É preciso, entretanto, que se trate de idioma conhecido, pois, se for escrita em códigos indecifráveis, trata-se de crime impossível, por absoluta propriedade do objeto. O objeto jurídico é o sigilo da correspondência.

90. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de mera conduta (delito que não possui um resultado naturalístico, punindo somente a conduta do agente); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo autor); comissivo (“devassar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

91. Pena atualizada pela nova lei: como mencionado, a Lei 6.538/78 alterou o disposto no art. 151, passando a prever uma pena de detenção de *até 6 meses* ou o pagamento de multa *não excedente a 20 dias-multa*. Não tendo o legislador fixado na lei especial a pena mínima para o crime, é preciso valer-se da regra geral: as menores penas possíveis no Código Penal são um dia

de detenção ou de reclusão (art. 11, CP) e 10 dias-multa, quando se tratar de pena pecuniária (art. 49, CP).

92. Análise do tipo equiparado: também é uma forma de praticar crime contra a inviolabilidade da correspondência quem sonega—oculta ou esconde—ou destrói—faz desaparecer ou elimina—a correspondência alheia.

93. Análise do núcleo do tipo: *apossar* significa apoderar-se, tomar posse. Portanto, caso o agente tome da vítima a sua correspondência, ainda que aberta, para o fim de ocultá-la ou destruí-la, está cometendo o crime.

94. Sujeitos ativo e passivo: o ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto no pólo passivo há dupla subjetividade: remetente e destinatário. Entendemos, no entanto, que, estando a correspondência em poder exclusivo do destinatário, que já a recebeu e leu, é apenas ele o sujeito passivo. Somente em trânsito é que há dois sujeitos passivos.

95. Elementos normativos do tipo: mais uma vez surge o termo “indevidamente”, que demonstra ser possível haver modos de apossamento lícitos. Ex.: o pai que destrói a correspondência dirigida ao filho menor, contendo o planejamento de um crime.

96. Elemento subjetivo: é o dolo, acrescido, no entanto, da finalidade específica de “sonegar” ou “destruir” a correspondência (elemento subjetivo do tipo específico). Não há a forma culposa.

97. Correspondência aberta ou fechada: neste caso, porque se trata de ocultação ou destruição, a correspondência pode estar fechada ou aberta.

98. Substituição pela Lei 6.538/78: o inciso I do § 1.º do art. 151 foi substituído pelo § 1.º do art. 40 da Lei 6.538/78.

99. Objetos material e jurídico: o objeto material é a correspondência extra-viada do seu legítimo possuidor; o objeto jurídico é a inviolabilidade de correspondência, nesse sentido interpretada como a possibilidade de ser preservada até quando queira o seu legítimo detentor e na esfera de disponibilidade dele.

100. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja exigível para a sua configuração); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“apossar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

101. Competência: é da Justiça Federal, quando a violação ou apossamento tiver ocorrido enquanto a carta estava em trânsito, portanto valendo-se do serviço postal; quando já estivesse na posse exclusiva do remetente ou do destinatário, é da Justiça Estadual.

102. Derrogação do inciso II e revogação do inciso IV do § 1.º do art. 151: a parte final do inciso II não foi revogada pela Lei 9.296/96, que disciplinou a interceptação telefônica e criou um tipo incriminador específico para a violação do sigilo telefônico. Preferimos seguir, nesse prisma, o

magistério de Mirabete, que entende ainda vigor o inciso II do § 1.º do art. 151, para aplicação ao terceiro que não participou na interceptação telefônica, mas divulgou-a a outras pessoas (*Código Penal interpretado*, p. 866). É verdade que, se o terceiro auxiliar na interceptação indevida, será partícipe do crime previsto no art. 10 da Lei 9.296/96. Mas, tomando contato com gravação feita por quem nem mesmo conhece, percebendo tratar-se de material confidencial, embora não abrangido por segredo de justiça, ao divulgá-lo, incide no tipo penal deste artigo: “quem indevidamente divulga (...) conversação telefônica entre outras pessoas”. Por outro lado, a parte relativa às comunicações telegráficas e radioelétricas possui dupla previsão legal: quando a violação for realizada por pessoas comuns, incide o Código Penal; mas quando for feita por funcionário do governo encarregado da transmissão da mensagem, aplica-se o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62, art. 56). Nesse ponto, acertada a lição de Delmanto, quando menciona o art. 58 da referida Lei (a pena aplicada é de um a dois anos de detenção *ou* perda do cargo ou emprego, com afastamento imediato do acusado até final decisão) como subsídio para a compreensão de que a referida lei especial somente se aplica aos crimes funcionais (*Código Penal comentado*, p. 303). Finalmente, o inciso IV foi integralmente substituído pelo art. 70 da Lei 4.117/62.

103. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é de dupla subjetividade, pois envolve o remetente e o destinatário da mensagem telegráfica ou radioelétrica.

104. Elemento normativo do tipo: a palavra *indevidamente* está demonstrando, como uma antecipação do juízo do ilícito trazida para o tipo penal, que divulgações

ou transmissões podem ser feitas, desde que *devidamente* autorizadas em lei.

105. Análise do núcleo do tipo: *divulgar* significa tornar público, dar conhecimento a terceiro; *transmitir* quer dizer enviar de um lugar a outro e *utilizar* significa aproveitar-se, fazer uso. A lei veda que qualquer pessoa torne conhecido o conteúdo de uma mensagem telegráfica ou radioelétrica dirigida de “A” para “B”. Assegura-se, também nesse contexto, o sigilo das comunicações. Por outro lado, é vedado, ainda, o envio da mensagem a um terceiro que não o destinatário original. A divulgação é tornar conhecido o teor da mensagem, ou seja, pode representar a conduta de quem toma a mensagem que chegou para “B” e, ao invés de entregá-la ao destinatário, torna-a conhecida de outras pessoas; a transmissão, por seu turno, representa o ato de enviar a mensagem a destinatário diverso do desejado por “A”. Finalmente, na forma genérica, o tipo penal prevê a utilização abusiva da comunicação telegráfica ou radioelétrica, demonstrando que fazer uso da mensagem entre “A” e “B”, para qualquer fim indevido, ainda que não haja divulgação ou transmissão, também é crime. A despeito de o termo *abusivamente* circunscrever-se à utilização da mensagem, cremos que foi um cuidado exagerado do legislador inseri-lo no tipo penal, tendo em vista que a utilização indevida é também abusiva. O elemento normativo do tipo – *indevidamente* – já seria suficiente. A utilização da mensagem pode ser feita sem abuso pelo funcionário encarregado de transmiti-la, que toma conhecimento do seu conteúdo, mas não o divulga, nem o transmite a terceiro. Entretanto, caso esse sujeito tome nota da mensagem para utilização posterior, ainda que para fins particulares, estará *abusando* do uso permitido e cometerá o delito.

106. Elemento subjetivo: é o dolo, não havendo a forma culposa. Não se exige elemento subjetivo específico. Na realidade, o termo “abusivamente” é apenas um elemento normativo do tipo, que depende, do mesmo modo que “indevidamente”, da valoração jurídica a ser dada pelo juiz. Enquanto “abusivamente” quer dizer de maneira inconveniente, exagerada, descomedida e, portanto, ilícita; “indevidamente” significa, também, um modo inconveniente, impróprio e incorreto, conseqüentemente, ilícito. Ora, o abuso de direito é ilícito, tanto quanto o uso indevido. Por isso, se o legislador inseriu no tipo um elemento pertinente à ilicitude, cremos tê-lo transformado em elemento normativo, e não subjetivo do tipo. O dolo é suficiente para abranger o abuso havido, vale dizer, a utilização indevida ou inconveniente da mensagem. Aliás, é justamente por isso que consideramos excessiva a colocação dúplice dos termos “indevidamente” e “abusivamente”. Poderia o agente fazer uso indevido e não abusivo? Se isso ocorresse, seria crime? Aceitando-se que os termos são diferenciados, um é objetivo e outro é subjetivo, a resposta deveria ser sim à primeira alternativa e não à segunda, o que não nos parece correto. Se alguém faz uso indevido de mensagem alheia está, automaticamente, abusando, o que é crime. Por outro lado, poder-se-á sustentar que a palavra “indevidamente” refere-se apenas aos verbos “divulgar” e “transmitir”, enquanto o termo “abusivamente” seria pertinente à utilização. Em primeiro lugar, a redação do artigo assim não demonstra. Fala-se no sujeito que, indevidamente, comete três condutas alternativas: divulgar, transmitir *ou* utilizar. Portanto, o elemento normativo “indevido” há de valer para todas. E se assim é, não há necessidade de se reiterar a ilicitude da ação através do emprego do termo “abusivamente”. Em segundo plano, ainda que se separem os

termos, reservando-se o *indevido* para a divulgação e para a transmissão e o *abuso* para a utilização, cremos tratar-se de elemento normativo. Abusar, como já mencionado, é usar de modo inconveniente, impróprio e exorbitante, mas não uma finalidade em si mesma. Se fosse um elemento subjetivo específico, haveríamos de sustentar que alguém utiliza a mensagem alheia com a finalidade especial de abusar do uso, o que não nos parece correto. Quem usa a mensagem para fins diversos (quaisquer que sejam eles) do que seria conveniente e próprio (enviá-la ao destinatário) está *abusando*, o que é uma situação objetiva e indevida. Aliás, como exemplo de lei melhor redigida podemos citar o art. 56 da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações) que prevê: “Pratica crime de violação de telecomunicação quem, *transgredindo lei ou regulamento*, exiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro. § 1.º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem *ilegalmente* receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada. § 2.º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação” (grifamos). Note-se que a “divulgação”, a “transmissão” e a “utilização” são equiparadas para o fim de punição, incidindo sobre essas condutas um único elemento normativo: no *caput* lê-se “transgredindo lei ou regulamento”; no § 1.º lê-se “ilegalmente”, o que é correto, uma vez que o indevido e ilegal é também abusivo. No mesmo prisma que defendemos – de serem ambos os termos “indevidamente” e “abusivamente” elementos normativos do tipo – está a posição de Roberto Wagner Battochio Casolato (*Crimes contra a pessoa no Código Penal – Parte 2*, p. 114).

107. Comunicação telegráfica: é a transmissão de mensagens entre dois pontos distantes realizada através de um sistema de sinais e códigos, valendo-se de fios.

108. Comunicação radioelétrica: é a transmissão de mensagens entre dois pontos distantes realizada através de um sistema de ondas, que dispensa a utilização de fios.

109. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ou não ter resultado naturalístico), nas modalidades “divulgar”, “transmitir” e “utilizar”; de mera conduta (delito que pune somente a conduta, não havendo resultado naturalístico), na situação de “interceptar”; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta de violar); admite tentativa.

110. Conversação telefônica: o art. 5.º, XII, da Constituição, na parte final, autoriza que, por ordem judicial, seja quebrado o sigilo da comunicação telefônica entre pessoas, desde que seja respeitada a forma legal e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. A norma que cuida do assunto é a Lei 9.296/96, prevendo o procedimento para que tal violação do sigilo telefônico seja realizada. A figura típica que incrimina a violação indevida está prevista no art. 10: “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar

segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa”. Note-se que a simples interceptação das comunicações telefônicas, abrangendo aquelas que são efetivadas por intermédio do uso integrado do computador e do telefone (como acontece quando se utiliza o *modem*), é suficiente para a configuração do delito, sendo desnecessária a divulgação, transmissão ou utilização abusiva da mensagem.

111. Objetos material e jurídico: o objeto material é a mensagem divulgada, transmitida ou abusivamente utilizada ou mesmo o aparelho de telefone que é interceptado; o objeto jurídico é a inviolabilidade das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.

112. Análise do núcleo do tipo: *impedir* significa colocar obstáculo ou tornar impraticável. Assim, é punido igualmente o sujeito que obstrui a comunicação ou conversação alheia, sem autorização legal.

113. Semelhança com o inciso anterior: as demais observações feitas no inciso anterior ficam válidas para este.

114. Substituição pelo art. 70 da Lei 4.117/62: diz a norma do Código Brasileiro de Telecomunicações: “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos. Parágrafo único. Precedendo ao processo penal, para os efeitos referidos neste artigo, será liminarmente procedida a busca e apreensão da estação ou aparelho ilegal”. A finalidade do tipo penal é impedir que qualquer pessoa tenha em seu poder um aparelho de telecomunicações clandestino,

sem autorização do Estado, o que constitui crime. Ver a disciplina do assunto na Lei 9.472/97.

115. Causa de aumento da pena: deverá ser aumentada da metade a pena do agente, quando o crime provocar dano a outrem. Entenda-se o dano na sua forma ampla: material ou moral. Note-se que a causação de dano é o exaurimento do crime, pois, majoritariamente, é delito formal. Ex.: a divulgação de mensagem telegráfica alheia é conduta delituosa; caso provoque dano (resultado naturalístico), ocorre o esgotamento do crime e há um aumento de pena.

116. Figura qualificada: somente é aplicável às hipóteses não revogadas pelo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e pela Lei dos Serviços Postais (Lei 6.538/78), como já analisado anteriormente. É o caso do inciso III, que continua vigendo. Ressalve-se, no entanto, quando for o caso de aplicação da qualificadora, que o agente precisa exercer alguma função relativa ao serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico, não sendo o caso de se considerar aquele que é empregado de uma agência de correios e telégrafos em atividade totalmente distinta, como é o caso do contador da empresa.

117. Ação pública incondicionada e condicionada: somente havendo representação da vítima pode o Ministério Público agir, ingressando com a ação penal, nos casos dos incisos II e III, para os quais ainda se utiliza o Código Penal. Nos casos de crime cometido por quem instala ou utiliza estação ou aparelho radioelétrico, sem observância de disposição legal (§ 1.º, IV, substituído pelo art. 70 da Lei 4.117/62), ou quando o agente abusa de sua função em serviço postal,

telegráfico, radioelétrico ou telefônico (§ 3.º), a ação é pública incondicionada, segundo o próprio Código Penal. Entretanto, as hipóteses do *caput* e do § 1.º, inciso I, substituídos pelo art. 40 da Lei 6.538/78, tornaram-se de ação pública incondicionada, pois não há, nessa lei, previsão para a representação da vítima. O disposto no art. 45 é mera obrigação do agente postal de comunicar o crime ao Ministério Público Federal (*in verbis*: “A autoridade administrativa, a partir da data em que tiver ciência da prática de crime relacionado com o serviço postal ou com o serviço de telegrama, é obrigada a representar, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministério Público federal contra o autor ou autores do ilícito penal, sob pena de responsabilidade”).

Correspondência comercial¹¹⁸

Art. 152. Abusar¹¹⁹ da condição de sócio ou empregado¹²⁰ de estabelecimento comercial ou industrial para, no todo ou em parte, desviar,¹²¹ sonegar,¹²² subtrair¹²³ ou suprimir¹²⁴ correspondência, ou revelar¹²⁵ a estranho seu conteúdo.¹²⁶⁻¹²⁸

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.¹²⁹

118. Conceito de correspondência comercial: é a troca de cartas, bilhetes e telegramas de natureza mercantil, ou seja, relativa à atividade de comércio (compra, venda ou troca de produtos com intuito negociável). Difere do crime de violação de correspondência, previsto no art. 151, tendo em vista a qualidade do sujeito ativo, mas não há propriamente alteração do objeto jurídico protegido, que continua sendo a inviolabilidade da correspondência, seja esta de que espécie for.

119. Análise do núcleo do tipo: abusar significa usar de modo inconveniente ou exorbitante, portanto, ilícito. Os sócios ou empregados de uma empresa possuem determinadas regalias, que lhes fornecem acesso a informações e correspondências do estabelecimento comercial ou industrial. Merecedora a pessoa jurídica de proteção legal, tal como o particular, para que suas correspondências não sejam violadas e transmitidas, indevidamente, a estranhos, criou-se este tipo penal.

120. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo há de ser sócio ou empregado da empresa; o sujeito passivo é a pessoa jurídica que mantém o estabelecimento comercial ou industrial. Ambos são qualificados ou especiais.

121. Desviar: significar afastar a correspondência do seu destino original. Se ela se destinava à empresa "X", o agente faz com que chegue à empresa "Y".

122. Sonegar: quer dizer ocultar ou esconder, impedindo que a correspondência seja devidamente enviada a quem de direito.

123. Subtrair: significa furtar ou fazer desaparecer a correspondência, também retirando a correspondência do lugar onde deveria estar ou para onde deveria ir.

124. Suprimir: quer dizer destruir ou eliminar, para que a correspondência não chegue ao seu destino ou desapareça da empresa, para onde foi enviada.

125. Revelar: tem o sentido de dar conhecimento ou descortinar o conteúdo da correspondência do estabelecimento comercial ou industrial a quem seja estranho aos seus quadros ou não mereça ter acesso ao seu conteúdo.

126. Objetos material e jurídico: o objeto material é a correspondência que sofre a ação criminosa, que é alternativa; o objeto jurídico é a inviolabilidade da correspondência.

127. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial), sendo, neste caso, exigível também sujeito passivo especial; formal (delito que não exige, necessariamente, resultado naturalístico, bastando a conduta proibida para se configurar); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (implica em ação), em regra, mas também pode ser cometido na forma omissiva, como "revelar" a estranho o conteúdo, deixando a correspondência confidencial propositadamente aberta em cima de uma mesa; instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (composto por um ou mais atos), conforme o caso; admite tentativa.

128. Princípio da insignificância: em se tratando de correspondência comercial, que é diferenciada, por seu próprio conteúdo, das correspondências particulares, é possível inserir-se no contexto do princípio da insignificância, deixando de ser considerado fato típico quando o sócio ou empregado pratica qualquer verbo do tipo em relação a correspondência autenticamente inútil para a empresa, como um folheto de propaganda qualquer.

129. Ação pública condicionada: é preciso que a pessoa jurídica faça representação, autorizando o Ministério Público a agir.

Seção IV

Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos¹³⁰

130. Proteção constitucional: o objetivo dos crimes deste capítulo é a proteção da intimidade e da vida privada das pessoas, que possui guarida no art. 5.º, X, da Constituição Federal. Há uma diferença fundamental entre violar uma correspondência – que é singelamente conhecer o seu conteúdo sem autorização para tanto – e violar um segredo – que é contar a terceiros um fato contido numa correspondência, capaz de gerar dano a outrem: o objeto protegido em um crime é a inviolabilidade da correspondência, enquanto noutro é a inviolabilidade do segredo. Um tipo penal protege diretamente o sigilo da correspondência, enquanto o outro protege a intimidade e a vida privada.

Divulgação de segredo

Art. 153. Divulgar¹³¹ alguém,¹³² sem justa causa,¹³³⁻¹³⁴ conteúdo de documento particular¹³⁵ ou de correspondência confidencial,¹³⁶ de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação¹³⁷ possa produzir dano a outrem:¹³⁸⁻¹³⁹

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

§ 1.º-A. Divulgar,¹⁴⁰⁻¹⁴² sem justa causa,¹⁴³ informações¹⁴⁴ sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei,¹⁴⁵ contidas ou não nos sistemas de informações¹⁴⁶ ou banco de dados¹⁴⁷ da Administração Pública:¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º Somente se procede mediante representação.¹⁵⁰

§ 2.º Quando resultar prejuízo¹⁵¹ para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

131. Análise do núcleo do tipo: *divulgar* é dar conhecimento a alguém ou tornar público. A finalidade do tipo penal é impedir que uma pessoa, legítima destinatária de uma correspondência ou de um documento, que contenha um conteúdo confidencial (segredo é o que não merece ser revelado a ninguém), possa transmiti-lo a terceiros, causando dano a alguém. É indispensável que o segredo esteja concretizado na forma escrita, e não oral.

132. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo há de ser o destinatário ou o possuidor legítimo da correspondência, cujo conteúdo é sigiloso; o sujeito passivo é a pessoa que pode ser prejudicada pela divulgação do segredo, seja ele o remetente ou não.

133. Elemento normativo do tipo: “sem justa causa” significa sem motivo lícito ou legítimo para fazê-lo. Portanto, não é qualquer divulgação que é criminosa, mas sim aquela que se encontra fora do amparo legal. Ex.: uma pessoa acusada de um crime, que entregue à autoridade policial uma carta que recebeu contendo a confissão da prática do delito pelo verdadeiro autor e remetente, não está divulgando, *sem justa causa*, o conteúdo da missiva. Essa autorização, aliás, é dada expressamente pelo art. 233, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

134. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige qualquer elemento subjetivo específico.

135. Documento particular: documento é o escrito que contém declarações de vontade ou a narrativa de qualquer fato, passível de produzir efeito no universo jurídico. Se for produzido por pessoa que não seja funcionária pública, é um documento particular.

136. Correspondência confidencial: é o escrito na forma de carta, bilhete ou telegrama, que possui destinatário e cujo conteúdo não deve ser revelado a terceiros. O segredo pode ser estabelecido de modo expresso pelo remetente ou de maneira implícita, quando deixa claro que a divulgação pode causar dano a alguém.

137. Divulgação a uma só pessoa é suficiente: entendemos que a divulgação – dar conhecimento de algo a alguém – ocorre quando pelo menos uma pessoa passa a conhecer o conteúdo sigiloso de uma correspondência ou de um documento particular, possibilitando a concretização de um dano a outrem. Há quem sustente que “divulgar” implica em narrar alguma coisa a várias pessoas. Ocorre que, muitas vezes, os mesmos que assim interpretam promovem nítida contradição na análise do mesmo verbo em outras figuras típicas, como por exemplo, a do art. 151, § 1.º, II, quando se sustenta ser cabível a divulgação a uma só pessoa. Por isso, mantendo a coerência, cremos que *divulgar* é tornar público ou conhecido o conteúdo de algo, pouco importando que se faça isso por meio de uma só pessoa ou de um número indeterminado de pessoas.

138. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento particular ou a correspondência que é divulgada; o objeto jurídico é a inviolabilidade da intimidade ou da vida privada.

139. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige necessariamente resultado naturalístico: pode ou não haver dano a terceiro e, ainda assim, com a mera divulgação o crime está consumado); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (em

regra, divulgar implica em ação), podendo ser punida a forma omissiva (art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (um ou mais atos podem compor a conduta); admite tentativa.

140. Análise do núcleo do tipo: *divulgar* é dar conhecimento de algo a alguém ou tornar algo público. O objetivo deste tipo penal é resguardar as informações sigilosas ou reservadas contidas em sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública. A informação deve estar guardada em sistema que contenha base material, isto é, não se configura o delito se a informação sigilosa ou reservada for unicamente verbal.

141. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que tenha acesso ou seja detentor da informação sigilosa ou reservada, de divulgação vedada. Sendo o agente funcionário público, responde pelo crime previsto no art. 325. O sujeito passivo é tanto a pessoa que pode ser prejudicada pela divulgação da informação, quanto a Administração Pública, conforme o caso. Note-se que, sendo atingido somente o indivíduo, a ação é pública condicionada à representação da vítima, conforme estipula o § 1.º, mas se houver qualquer tipo de prejuízo para a Administração Pública, a ação é incondicionada, como está previsto no § 2.º O ideal seria a separação, em tipos autônomos, das duas modalidades de crimes: a violação de segredo que afeta a pessoa e a liberdade individual, a constar na Seção IV, do Capítulo VI, do Título I, da Parte Especial, ou seja, pode constar como art. 153, § 1.º-A, e a violação de segredo que afete a Administração Pública, atinja ou não qualquer indivíduo, a constar nos Capítulos I e II, conforme seja o autor fun-

cionário público ou particular, do Título XI, da Parte Especial. Não é impossível que a divulgação de informação sigilosa ou reservada, constante ou não em sistema de informação ou banco de dados da Administração Pública, prejudique somente esta última (ex.: a divulgação de conteúdo de diligências contidas no inquérito policial, onde há sigilo legal, pode fazer com que o agente do crime promova o desaparecimento de provas, causando prejuízo para a Administração Pública), razão pela qual o melhor teria sido a previsão, em separado, de tipos incriminadores autônomos e não envolvendo o Capítulo da Parte Especial, que diz respeito aos crimes contra a liberdade individual.

142. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

143. Elemento normativo do tipo: a expressão “sem justa causa” significa a ausência de motivo lícito ou legítimo para agir. Assim, somente a divulgação fora do amparo legal é objeto de punição.

144. Informações sigilosas ou reservadas: *informações* são dados acerca de alguma coisa ou a respeito de alguém. Considera-se *sigiloso* o dado secreto, restrito a domínio reservado, confidencial, enquanto *reservado* é o dado que merece discrição e cautela com relação às pessoas que dele podem tomar conhecimento. Exemplifica-se com o processo administrativo envolvendo magistrado. Os autos referentes ao processo possuem conteúdo *reservado*, ou seja, somente algumas pessoas a ele têm acesso, enquanto a sessão que julga o caso e os debates travados pelos desembargadores ou ministros é sigilosa, isto é, com acesso permitido somente às partes envolvidas, nem mesmo podendo dela participar funcionários do tribunal.

145. Sigilo definido em lei: exige-se que a informação objeto de divulgação seja considerada sigilosa ou reservada porque a lei assim determina, embora se deva dar ao termo *lei* interpretação abrangente, envolvendo qualquer norma elaborada pelo Poder Legislativo. Como exemplos, podemos mencionar os seguintes: a) o art. 202 da Lei de Execução Penal (“Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei”) prevê o sigilo quanto aos dados da folha de antecedentes da pessoa que já cumpriu, ou teve extinta, sua pena, razão pela qual nenhuma pessoa que tenha acesso ao banco de dados do Instituto de Identificação, que concentra tais informações, poderá divulgá-los; b) o art. 76, § 4.º, da Lei 9.099/95 (“Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos”) estipula igual sigilo com referência aos antecedentes de quem for beneficiado pela transação; c) os arts. 27, §§ 2.º, 6.º e 7.º (tratando da perda do cargo na magistratura, que exige decisão proferida em “sessão secreta” do tribunal competente), 40 (“A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o *resguardo devido* à dignidade e à independência do magistrado” – grifamos), 43 (“A pena de advertência aplicar-se-á *reservadamente*, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo” – grifamos), 44 (“A pena de censura será aplicada *reservadamente*, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no

de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave” – grifamos), 45 (dispondo sobre a remoção ou disponibilidade do juiz em “escrutínio secreto”) e 48 (conferindo aos regimentos internos dos tribunais o procedimento para a apuração de faltas puníveis com advertência e censura) da Lei Complementar 35/79 prevêem procedimentos reservados e sessões secretas para a efetivação das punições concernentes aos magistrados. Quem divulgar informações referentes a tais procedimentos, constantes no prontuário do magistrado, responde pelo delito do art. 153 do Código Penal. No caso de ser o agente funcionário público, aplica-se o disposto no art. 325; d) o art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal preceitua que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Assim, quem divulgar informações contidas nesse inquérito, que tramita sob sigilo, pode responder pelo delito em questão. Em todas as hipóteses, havendo prejuízo para a Administração Pública, a ação é pública incondicionada, como já mencionado.

146. Sistema de informações: é o conjunto de elementos materiais agrupados e estruturados visando ao fornecimento de dados ou instruções sobre algo. Embora se possa ter a impressão de se tratar de meio informatizado, cremos que pode ter maior abrangência, isto é, pode ser organizado por computadores ou não.

147. Banco de dados: é a compilação organizada e inter-relacionada de informes, guardados em um meio físico, com o objetivo de servir de fonte de consulta para finalidades variadas, evitando-se a perda de informações. Pode ser organizado também de maneira informatizada.

148. Objetos material e jurídico: o objeto material é a informação sigilosa ou

reservada. O objeto jurídico é duplice: a inviolabilidade da vida privada e da intimidade da pessoa, mas também o interesse da administração de resguardar o sigilo dos seus dados.

149. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico. Tanto é verdade que no § 2.º menciona-se que, “resultando prejuízo”, a ação será incondicionada, demonstrando não ser da essência do delito o resultado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

150. Ação pública condicionada: em se tratando de crime contra a pessoa, tendo por objeto a intimidade e a vida privada, exige-se a representação da vítima para legitimar o Ministério Público a agir. Deve-se ficar atento, no entanto, à peculiaridade do § 2.º, pois, envolvendo interesse da Administração Pública, a ação será sempre incondicionada.

151. Ação pública incondicionada: quando a informação sigilosa ou reservada divulgada envolver somente uma pessoa determinada, não ultrapassando mais do

que sua vida privada, aplica-se o disposto no § 1.º. Entretanto, se a informação divulgada envolver interesse da Administração Pública, é de se presumir o prejuízo, que não precisa ser concretamente demonstrado. Não haveria cabimento na divulgação do conteúdo, por exemplo, de um processo sigiloso contra magistrado, funcionário público que é para fins penais, com evidente interesse da Administração Pública em preservar a imagem do Poder Judiciário, calcada na imparcialidade de suas decisões, sem que se considerasse a existência natural de um prejuízo. Logo, nessa hipótese e em outras semelhantes, quando o interesse da Administração estiver evidente, há prejuízo presumido e a ação é pública incondicionada. Por outro lado, pode ocorrer a divulgação do conteúdo de uma folha de antecedentes de alguém, informe que é de caráter reservado, mas a pessoa envolvida não ter interesse em representar. Nessa situação, não havendo interesse público, a ação não terá início.

Violação do segredo profissional

Art. 154. Revelar¹⁵² alguém,¹⁵³⁻¹⁵⁴ sem justa causa,¹⁵⁵⁻¹⁵⁶ segredo,¹⁵⁷ de que tem ciência em razão de função,¹⁵⁸ ministério,¹⁵⁹ ofício¹⁶⁰ ou profissão,¹⁶¹ e cuja revelação possa produzir dano a outrem.¹⁶²⁻¹⁶³

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação.¹⁶⁴

152. Análise do núcleo do tipo: *revelar* significa desvendar, contar a terceiro ou delatar. O objetivo do tipo penal é punir quem, em razão da atividade exercida, obtém um segredo e, ao invés de guardá-lo, descortina-o a terceiros, possibilitando a ocorrência de dano a outrem. Neste tipo penal, diferentemente do que ocorre com

o anterior, o segredo pode concretizar-se oralmente.

153. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente aquele que exerce uma função, ministério, ofício ou profissão, sendo detentor de um segredo; o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa sujeita a sofrer um dano com a divulgação do segredo. Não concordamos com a terminologia utilizada por alguns doutrinadores de que os agentes deste delito são *sempre* chamados de “confidentes necessários”, ou seja, pessoas que *recebem* o segredo em razão da sua atividade (função, ministério, ofício ou profissão). *Confidente* é a pessoa a quem se confia um segredo e *necessário* é o que não se pode dispensar. É razoável supor que um médico, especialmente o psicanalista, seja um confidente necessário de seus pacientes, o que não ocorre, no entanto, com a empregada doméstica, que não é destinatária necessária dos segredos dos patrões. Caso seja enxerida e indiscreta, *poderá* tomar conhecimento de segredo alheio, mas não foi destinatária dele, razão pela qual não é “confidente”. Para tornar-se sujeito ativo deste delito basta o *nexo causal* entre o conhecimento do segredo e a atividade exercida pelo agente, sendo totalmente dispensável a intenção de alguém de *confidenciar-lhe* alguma coisa.

154. Curador do menor de 21 anos: pode cometer este crime, caso resolva falar a respeito do que lhe contou o curatelado ou a respeito de sua confissão extrajudicial, buscando confirmá-la em juízo, a contragosto da pessoa a quem deveria proteger. Exerce função especial no processo penal, não podendo concordar em depor contra o menor de 21 anos. Defendemos, em nosso *Código de Processo Penal comentado*, em nota 50 ao art. 208, que ele é impedido de prestar depoimento. Caso assim aja, pode ser processado por violação de se-

greto profissional, previsto neste artigo. Tornaghi assim também pensa (*Compêndio de processo penal*, t. III, p. 881). Cumpre ressaltar, no entanto, que, com a edição do novo Código Civil, não há mais sentido em se nomear curador ao réu menor de 21 anos, que se tornou plenamente capaz, para todos os fins, aos 18 anos. Ver nota 81-A ao art. 15 do nosso *Código de Processo Penal comentado*.

155. Elemento normativo do tipo: a expressão “sem justa causa” está a evidenciar que não é criminosa qualquer revelação de segredo, mas somente aquela que não possui amparo legal. Ex.: o funcionário que, durante a condução de uma sindicância, toma conhecimento de um segredo, passível de incriminar outro servidor; revelando-o e dando margem a outro processo administrativo, está cumprindo seu dever, no interesse da Administração Pública. Por outro lado, é preciso destacar que há muitas profissões protegidas pelo sigilo, ou seja, estão impedidas legalmente de divulgar o segredo, mesmo que autorizado pelo interessado (como ocorre com médicos e advogados).

156. Elemento subjetivo: é o dolo, inexistindo a forma culposa. Não há, também, elemento subjetivo específico.

157. Segredo: é todo assunto ou fato que não deve ser divulgado, tornado público ou conhecido de pessoas não autorizadas.

158. Função: é a prática ou o exercício de uma atividade inerente a um cargo, que é todo emprego público ou particular. Ex.: a escrevente de sala de um juiz toma conhecimento, em razão de sua função, de segredos narrados durante uma audiência de divórcio, que corre em segredo de justiça, revelando-os a terceiros.

159. Ministério: é o exercício de uma atividade religiosa. Ex.: é próprio do sacerdote ouvir a confissão de fiéis, devendo guardar segredo. A revelação do que lhe foi contado pode constituir crime.

160. Ofício: é uma ocupação manual ou mecânica, que demanda habilidade, sendo útil a alguém. Ex.: a empregada doméstica que, tomando conhecimento de um segredo dos patrões, por trabalhar no interior da residência, revela-o a terceiros comete o delito.

161. Profissão: é uma atividade especializada, que exige preparo. Ex.: o médico que, ouvindo segredo do paciente, revela-o a terceiros.

162. Objetos material e jurídico: o objeto material é o assunto transmitido em caráter sigiloso, que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas.

163. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige necessariamente resultado naturalístico – dano para a vítima – embora possa ocorrer); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“revelar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode constituir-se por um ou mais atos); admite tentativa.

164. Ação pública condicionada: sem representação da vítima o Ministério Público não pode ingressar com a ação penal.

Dos crimes contra o patrimônio¹

1. Proteção constitucional: preceitua o art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal que todos são iguais perante a lei, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à *propriedade*, considerado, pois, um dos direitos humanos fundamentais. Por isso, o Código Penal tutela e protege o direito de propriedade especificamente neste Título II.

Capítulo I DO FURTO

Furto²

Art. 155. Subtrair,³⁻⁵ para si ou para outrem,⁶ coisa⁷⁻⁹ alheia¹⁰ móvel.¹¹⁻¹³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º A pena aumenta-se de um terço,¹⁴ se o crime é praticado durante o repouso noturno.¹⁵⁻¹⁶

§ 2.º Se o criminoso¹⁷ é primário,¹⁸ e é de pequeno valor¹⁹ a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.²⁰⁻²¹

§ 3.º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.^{22-22-A}

Furto qualificado²³

§ 4.º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:

I – com destruição²⁴ ou rompimento²⁵ de obstáculo à subtração da coisa;²⁶⁻²⁸

II – com abuso de confiança,²⁹ ou mediante fraude,³⁰ escalada³¹ ou destreza;³²

III – com emprego de chave falsa;³³

IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas.³⁴

§ 5.º A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos,³⁵⁻³⁶ se a subtração for de veículo automotor³⁷ que venha a ser transportado³⁸ para outro Estado³⁹ ou para o exterior.⁴⁰⁻⁴¹

2. Conceito de furto: furtar significa apoderar-se ou assenhorear-se de coisa pertencente a outrem, ou seja, tornar-se senhor ou dono daquilo que, juridicamente, não lhe pertence. O *nomen juris* do crime, por si só, dá uma bem definida noção do que vem a ser a conduta descrita no tipo penal.

3. Análise do núcleo do tipo: subtrair significa tirar, fazer desaparecer ou retirar e, somente em última análise, furtar (apoderar-se). É verdade que o verbo “furtar” tem um alcance mais amplo do que “subtrair”, e justamente por isso o tipo penal preferiu identificar o crime como sendo *furto* e a conduta que o concretiza como *subtrair*, seguida, é lógico, de outros importantes elementos descritivos e normativos. Assim, o simples fato de alguém tirar coisa pertencente a outra pessoa não quer dizer, automaticamente, ter havido um furto, já que se exige, ainda, o ânimo fundamental, componente da conduta de *furtar*, que é assenhorear-se do que não lhe pertence.

4. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. No caso de *ladrão que subtrai coisa já furtada de outro ladrão*, há crime de furto, embora a vítima seja o legítimo dono ou possuidor do objeto.

5. Consumação do furto: trata-se de tema polêmico e de difícil visualização na prática. Em tese, no entanto, o furto está consumado tão logo a coisa subtraída saia da esfera de proteção e disponibilidade da

vítima, ingressando na do agente. É imprescindível, por tratar-se de crime material (aquele que se consuma com o resultado naturalístico), que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, em posse mansa e tranqüila do agente. Se houver perseguição e em momento algum conseguir o autor a livre disposição da coisa, trata-se de tentativa. Não se deve desprezar essa fase (posse tranqüila da coisa em mãos do ladrão), sob pena de se transformar o furto em um crime formal, punindo-se unicamente a conduta, não se demandando o resultado naturalístico. Nesse sentido, embora tratando do delito de roubo, cuja consumação se dá do mesmo modo: STJ: “O crime de roubo consuma-se no momento em que o assaltante realiza a plena subtração da *res furtiva*, afastando-se do campo de vigilância da vítima, mesmo que depois venha a ser preso em flagrante presumido. Na hipótese em que o agente do crime não teve, em nenhum momento, a posse tranqüila dos bens, pois foi preso logo em seguida à prática do delito, houve apenas tentativa” (REsp 197.848-DF, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 11.05.1999, v. u., DJ 31.05.1999, p. 198). Acrescente-se, também, que, havendo falta de alguma das coisas da vítima, o crime está consumado: TACRIM/SP (atual TJSP): “No roubo ou no furto, se não recuperadas todas as coisas subtraídas, o crime se consuma, mesmo que o agente seja preso em flagrante, porquanto a vítima sofreu diminuição em seu patrimônio” (Ap. 983.137-0, 11.^a C., rel. Xavier de Aquino, 13.11.1995, v. u.). Ver, também, a nota 13 ao art. 157. Observa-se, entretanto, uma mudança de tendência na jurisprudência. Há vários julgados considerando consumado o furto desde que haja o mero apossamento da coisa, independentemente de sair da esfera de vigilância do ofendido. Nesse sentido, por todos, conferir: STJ: “O delito de furto se consuma no momento em que o

agente se torna possuidor da *res subtraída*, pouco importando que a posse seja ou não mansa e pacífica. Assim, para que o agente se torne possuidor, é prescindível que a *res* saia da esfera de vigilância da vítima, bastando que cesse a clandestinidade (Precedentes do STJ e do c. Pretório Excelso). ‘A jurisprudência do STF (cf. RE 102.490, 17.09.1987, Moreira; HC 74.376, 1.^a T., Moreira, DJ 07.03.1997; HC 89.653, 1.^a T., 06.03.2007, Lewandowski, DJ 23.03.2007) dispensa, para a consumação do furto ou do roubo, o critério da saída da coisa da chamada ‘esfera de vigilância da vítima’ e se contenta com a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da *res furtiva*, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata’ (cf. HC 89958/SP, 1.^a Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.04.2007)” (REsp 982.895-RS, 5.^a T., Felix Fischer, 27.03.2008, v. u.).

6. Elemento subjetivo do tipo: exige-se o dolo (vontade do agente de subtrair coisa alheia móvel), mas, além disso, reclama-se o elemento subjetivo do tipo específico, que é a vontade de apossamento do que não lhe pertence, consubstanciada na expressão “para si ou para outrem”. Essa intenção deve espelhar um desejo do agente de apoderar-se, definitivamente, da coisa alheia. É o que se chama tradicionalmente de dolo específico. Não existe a forma culposa.

7. Conceito de coisa: é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. No contexto dos delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor econômico.

8. Situações particulares no contexto do furto: a) *coisa puramente de estima-*

ção: entendemos não ser objeto material do crime de furto, pois é objeto sem qualquer valor econômico. Não se pode conceber seja passível de subtração, penalmente punível, por exemplo, uma caixa de fósforo vazia, desgastada, que a vítima possui somente porque lhe foi dada por uma namorada, no passado, símbolo de um amor antigo. Caso seja subtraída por alguém, cremos que a *dor moral* causada no ofendido deve ser resolvida na esfera civil, mas jamais na penal, que não se presta a esse tipo de reparação. Há posição em sentido contrário: STF: “A coisa alheia móvel a que se refere o art. 155 do CP é tudo quanto, para a vítima, representa valor; assim, não é preciso que a decisão reclame, para ver caracterizado o furto, tenha a *res* ponderável valor de comércio” (RE 100.103, 2.^a T., rel. Francisco Rezek, 27.04.1984, v. u., *DJ* 101/8.230); b) *cadáver*: pode ser objeto material do crime de furto caso tenha valor econômico e esteja na posse legítima de alguém (ex.: subtrair o corpo pertencente a um museu, que o exhibe por motivos científicos ou didáticos). Não sendo este o caso, a subtração do cadáver pode constituir crime contra o respeito aos mortos (art. 211, CP). Assim: TJSP: “O cadáver – salvo quando perde sua individualidade, o que se dá, por exemplo, se constituir patrimônio de algum instituto científico, passando a ter valor econômico e a ser coisa alheia – é coisa fora do comércio e sua proteção é erigida em razão de princípios éticos; religiosos, sanitários e de ordem pública impostos pelo direito positivo” (1.^a C., 18.05.1987, rel. Marino Falcão, *RT* 619/291); c) *coisas abandonadas* (*res derelicta*) ou *que não pertençam a ninguém* (*res nullius*): não podem ser objeto do crime de furto, uma vez que não integram o patrimônio de outrem; d) *coisas perdidas* (*res deperdita*): não podem ser objeto de furto, pois há tipo específico para esse caso. Cuida-se de apro-

priação (art. 169, parágrafo único, II, CP); e) *coisas de ínfimo valor e princípio da insignificância*: podem ser objeto do crime de furto, embora se deva agir com cautela nesse contexto, em face do princípio da insignificância (*crimes de bagatela*). O direito penal não se ocupa de insignificâncias (aquilo que a própria sociedade concebe ser de somenos importância), deixando de se considerar fato típico a subtração de pequeninas coisas de valor nitidamente irrelevante. Ex.: o sujeito que leva, sem autorização, do banco, onde vai sacar uma determinada quantia em dinheiro, o clipe que está sobre o guichê do caixa, embora não lhe pertença. Nessa linha, se houver o furto de uma única folha de talão de cheques, pode se configurar o crime de bagatela: TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 686.111, 11.^a C., rel. Fernandes de Oliveira, 02.05.1994, v. u. Não se deve exagerar, no entanto, na aplicação do princípio da bagatela, pois o que é irrelevante para uns pode ser extremamente importante para outros. Ex.: subtrair uma galinha de quem só possui um galinheiro com quatro é um valor significativo, que necessitará ser recomposto. Por outro lado, subtrair um pintinho de uma granja imensa, com milhares de aves, pode ser insignificante, sem qualquer afetação ao patrimônio. Há posição não admitindo a aplicação do princípio da insignificância por não estar expressamente previsto no Código Penal: “Bem que, embora de pequeno valor econômico, é útil tanto para a vítima, quanto para o réu – Reconhecimento do princípio da insignificância – Impossibilidade. Inexistindo previsão no ordenamento jurídico do princípio da insignificância, não pode o mesmo ser atendido quando, tratando-se de furto, o bem subtraído, embora de pequeno valor econômico, seja útil quer para a vítima, quer para o réu” (TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 874.995, 4.^a C., rel. Péricles Piza, 10.01.1995, v. u.).

Por outro lado, deve-se analisar, cuidadosamente, a conduta do agente do furto, pois, assim fazendo, a insignificância pode ser afastada em face do caso concreto. Conferir: STF: “1. A questão de direito tratada neste *writ*, consoante a tese exposta pelo impetrante na petição inicial, é a suposta atipicidade da conduta realizada pelo paciente com base na teoria da insignificância, o que deverá conduzir à absolvição por falta de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico tutelado na norma penal. 2. O fato insignificante (ou irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 3. Não considero apenas e tão-somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Do contrário, por óbvio, deixaria de haver a modalidade tentada de vários crimes, como no próprio exemplo do furto simples, bem como desapareceria do ordenamento jurídico a figura do furto privilegiado (CP, art. 155, § 2.º). 4. A lesão se revelou significativa não apenas em razão do valor do bem subtraído, mas principalmente em virtude do concurso de três pessoas para a prática do crime (o paciente e dois adolescentes). De acordo com a conclusão objetiva do caso concreto, não foi mínima a ofensividade da conduta do agente, sendo reprovável o comportamento do paciente. 5. Compatibilidade entre as qualificadoras (CP, art. 155, § 4.º) e o privilégio (CP, art. 155, § 2.º), desde que não haja imposição apenas da pena de multa ao paciente. 6. *Habeas corpus* denegado. Concessão da ordem de ofício por outro fundamento” (HC 94.765-RS, 2.ª T., rel. Ellen Gracie, 09.09.2008, v. u.); f) *talão de cheques*: pode ser objeto do crime de furto, pois, atualmente, possui nítido valor econômico, tanto para quem subtrai, quanto

para a vítima, que é obrigada a sustar os cheques, retirar outro talão, pagando ao estabelecimento bancário taxas elevadas e sofrendo prejuízo material. Nessa ótica, está a maioria da jurisprudência: “O talão de cheques, incluindo as folhas de cheques avulsas ou em branco, pode ser objeto material do crime de furto, pois representam valor econômico considerável, pelo prejuízo que a subtração causa ao seu proprietário” (TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 617.021, 1.ª C., rel. Silva Rico, 07.11.1991, v. u.). Idem: TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 850.685, 5.ª C., rel. Ivan Marques, 21.09.1994, v. u.; Ap. 775.575, 1.ª C., rel. Di Rissio Barbosa, 10.11.1994, v. u.; Ap. 836.117, 3.ª C., rel. Raul Motta, 17.01.1995, v. u.; Ap. 901.877, 13.ª C., rel. Abreu Oliveira, 14.02.1995, v. u.; RSE 916.663, 12.ª C., rel. Junqueira Sangirardi, 10.04.1995, v. u.; Ap. 967.251, 15.ª C., rel. Silva Rico, 28.09.1995, v. u.; Ap. 1.052.983, 14.ª C., rel. França Carvalho, 03.06.1997, v. u.; Ap. 1.101.065, 3.ª C., rel. Carlos Bueno, 04.08.1998, v. u.; Ap. 1.167.647, 13.ª C., rel. Teodomiro Mendéz, 28.01.2000, v. u.; Rev. 345.836-2, 2.º Grupo, rel. João Morengi, 01.02.2000, v. u.; Ap. 1.173.981, 1.ª C., rel. Damião Cogan, 17.02.2000, v. u. E mais: TJRO: “Talão ou folhas de cheques em branco é bem patrimonial representativo de utilidade para quem detenha sua posse, passível de tornar-se objeto material de furto, mormente quando há o posterior preenchimento e utilização para aquisição de mercadorias e conversão em pecúnia” (Ap. 97.002.385-5, Câmara Criminal, rel. Antônio Cândido, 10.09.1998, v. u., RT 762/705). Em contrário: STJ: “O talão de cheques, dada a insignificância de valor econômico, não se presta a ser objeto material do crime de furto, ou de receptação” (REsp 150.908-SP, 6.ª T., rel. Cernicchiaro, 18.08.1998, m. v.). E também: TAMG (atual TJMG): “Não configura crime de furto a

subtração de cheque em branco, em razão da ausência de seu valor econômico, incapaz de representar, por si só, perigo ao bem jurídico tutelado, não havendo tampouco de se cogitar de tentativa, por enquadrar-se tal ato na figura jurídica do crime impossível” (Ap. 118.579-7, Andradás, 1.^a C., rel. Caio de Castro, 26.11.1991, v. u., RT 693/390). Quando há furto do talão de cheques para a prática posterior de estelionato, este delito absorve aquele: TACRIM/SP (atual TJSP): “Subtração de talão de cheques para a prática do delito do art. 171 do CP. Descaracterização do crime de furto, quando o agente pratica a subtração de talonário de cheques como etapa preparatória para a execução do estelionato” (Ap. 802.001, 8.^a C., rel. Regio Barbosa, 24.03.1994, v. u.). Idem: Ap. 772.855, 8.^a C., rel. Bento Mascarenhas, 28.04.1994, v. u.; Ap. 786.639, 6.^a C., rel. Penteado Navarro, 01.06.1994, v. u.; Ap. 872.377, 12.^a C., rel. Walter Guilherme, 10.01.1995, v. u.; Ap. 1.038.515, 1.^a C., rel. Luis Ganzerla, 06.02.1997, v. u. Esta é a posição que adotamos, embora convenha mencionar a corrente sustentando o concurso material: TACRIM/SP (atual TJSP): “Configura crimes de furto e estelionato, em concurso material, a conduta do agente que, após furtar cheques de terceiro, preenche e passa as cártulas como se fosse o titular da conta corrente, não podendo ser aplicado em tal hipótese o princípio da consunção, pois o furto não é meio necessário, obrigatório, para a prática do estelionato, que, por sua vez, absorve o crime de falso com o qual possui vínculo estreito e único” (Ap. 1.104.599, 7.^a C., rel. Souza Nery, 04.02.1999, v. u.). Idem: Rev. 347.708-3, 8.^o Grupo, rel. Lopes de Oliveira, 02.03.2000, v. u.; g) *furto famélico*: pode, em tese, constituir estado de necessidade. É a hipótese de se subtrair qualquer alimento para saciar a fome. O art. 24 do Código Penal estabelece ser possível o

perecimento de um direito (patrimônio) para salvaguardar outro de maior valor (vida, integridade física ou saúde humana), desde que o sacrifício seja indispensável e inevitável. Atualmente, não é qualquer situação que pode configurar o furto famélico, tendo em vista o estado de pobreza que prevalece em muitas regiões de nosso País. Fosse ele admitido sempre e jamais se teria proteção segura ao patrimônio. Portanto, reserva-se tal hipótese a casos excepcionais, como, por exemplo, a mãe que, tendo o filho pequeno adoentado, subtrai um litro de leite ou um remédio, visto não ter condições materiais para adquirir o bem desejado e imprescindível para o momento. Ver maiores detalhes na próxima nota; h) *furto de uso*: não se trata de crime, pois, como mencionado nos comentários feitos na análise do núcleo do tipo e do elemento subjetivo, há necessidade do ânimo de assenhoreamento. Se o agente retirar a coisa da posse da vítima apenas para usar por pouco tempo, devolvendo-a intacta, é de se considerar não ter havido crime. Cremos ser indispensável, entretanto, para a caracterização do furto de uso, a devolução da coisa no estado original, sem perda ou destruição do todo ou de parte. Se houver a retirada de um veículo para dar uma volta, por exemplo, devolvendo-o com o pára-lama batido, entendemos haver furto, pois houve perda patrimonial para a vítima. De um modo indireto, o sujeito *apropriou-se* do bem de terceiro, causando-lhe prejuízo. Lembremos que a intenção de se apoderar implica, também, na possibilidade de dispor do que é do outro, justamente o que ocorre quando o agente trata a coisa como se sua fosse. Utilizar um automóvel para uma volta, provocando uma colisão e devolvendo-o danificado, é o modo que o autor possui de demonstrar a sua franca intenção de dispor da coisa como se não pertencesse a outrem. Além disso, é

preciso haver imediata restituição, não se podendo aceitar lapsos temporais exagerados. E, por fim, torna-se indispensável que a vítima não descubra a subtração antes da devolução do bem. Se constatou que o bem de sua propriedade foi levado, registrando a ocorrência, dá-se o furto por consumado. É que, nesse cenário, novamente o agente desprezou por completo a livre disposição da coisa pelo seu dono, estando a demonstrar o seu ânimo de apossamento ilegítimo. Em síntese: admitimos o furto de uso desde que presentes os seguintes requisitos, demonstrativos da *total* ausência do ânimo de assenhoreamento: 1.º) rápida devolução da coisa; 2.º) restituição integral e sem qualquer dano do objeto subtraído; 3.º) devolução antes que a vítima perceba a subtração, dando falta do bem; i) *furto ocorrido em túmulos ou sepulturas*: cremos haver, em regra, apenas o crime de *violação de sepultura* (art. 210, CP) ou, conforme o caso, *destruição, subtração ou ocultação de cadáver* (art. 211, CP), pois os objetos materiais que estão dentro da cova não pertencem a ninguém. Foram ali abandonados pela família. Entretanto, se o agente subtrai adornos ou bens que guarnecem o próprio túmulo, como castiçais ou estátuas de bronze, naturalmente há furto. Com a mesma visão: TJSP: “Sua subtração, bem como a de peças anatômicas desagregadas do corpo humano imputam ao agente o crime do art. 211 do CP (subtração de cadáver), ofendendo o bem jurídico ‘respeito aos mortos’. Não caracterizam furto, crime patrimonial, cujo objeto é coisa alheia móvel. A norma referida é especial em relação ao furto e, por isso, deve prevalecer, não se exigindo fim específico (o dolo é insito na própria conduta), sendo, pois, irrelevante o fim ulterior da obtenção de lucro” (1.ª C., rel. Marino Falcão, 18.05.1987, RT 619/291). E tratando de *furto da arcada dentária* do defunto: “Não se pretenda dizer

que pertence ele à família, que é coisa que faz parte do patrimônio dos herdeiros do morto e que estes seriam, de consequente, as vítimas do crime de furto. Seria risível pensar tal hipótese. Se fosse assim, teria o cadáver que ser sempre objeto de inventário... E, se não tivesse o defunto família, passaria ele a constituir *res nullius* e não poderia ser objeto de furto!” (RT 619/291). Há posição diversa ainda existente na jurisprudência, aceitando o furto, que absorveria o delito do art. 211: RT 598/313; j) *crime impossível*: é possível ocorrer a hipótese descrita no art. 17 do Código Penal, ou seja, o sujeito eleger um meio absolutamente ineficaz ou voltar-se contra um objeto absolutamente impróprio no cometimento do furto. Haveria, nesse caso, tentativa inidônea ou quase crime, que não é punida. O importante é analisar se o meio eleito é, de fato, *absolutamente* ineficaz para a prática do crime, no caso concreto e não simplesmente em tese. O mesmo se diga de o objeto ser *absolutamente* impróprio, no caso concreto. Se um indivíduo é vigiado num supermercado o tempo todo por seguranças e câmeras internas, de modo a tornar, *naquela situação concreta*, impossível a consumação do delito de furto, trata-se da hipótese do art. 17. Mas se a vigilância for falha ou incompleta, cremos ser cabível falar em tentativa. O mesmo se diga de uma tentativa de furto de quem não possui bens economicamente viáveis. Se, de fato, nada puder ser levado, pois a vítima está completamente depauperada, pode ser crime impossível, embora, quando exista algo passível de se constituir objeto do furto — com algum valor, portanto —, cremos tratar-se de tentativa de furto. No entanto, dispositivo antifurto instalado em veículo ou outro bem qualquer não torna impossível o delito. Nesse caminho: STF: HC 76.421-RS, 2.ª T., rel. Néri da Silveira, 17.03.1998, v. u., DJ 10.12.1999, p. 3;

k) *trombada*: cremos não se tratar de furto, e sim de roubo. A violência utilizada na trombada, por menor que seja, é voltada contra a pessoa para arrancar-lhe a bolsa, a corrente, o relógio ou qualquer outro bem que possua, de forma que configurada está a figura do art. 157. Dizer que o ato violento tem por objetivo apenas a coisa é desconhecer o significado da “trombada”, que inexoravelmente provoca o toque físico ao corpo da vítima, com uso da força bruta. O furto deve prescindir de todo e qualquer tipo de violência contra a pessoa, não havendo lesão à integridade física do ofendido. Conferir: STF: “Violência exercida contra a vítima, atacada e derrubada por um *trombadinha* que lhe retira a bolsa das mãos: circunstância elementar que tipifica o crime de roubo” (HC 75.110-RS, 2.^a T., rel. Maurício Correa, 10.06.1997, m. v., RTJ176/1168). Pode-se falar em furto – mas, nesse caso, não acreditamos tratar-se de “trombada” – quando o agente ludibria a vítima, retirando-lhe o bem que possui. Ex.: fingindo limpar o líquido que propositadamente derrubou na roupa do ofendido, o autor toma-lhe a carteira. Há toque físico no corpo da vítima, embora esta conduta seja típica do furto, porque não houve violência contra a pessoa. Aceitando excepcionalmente a hipótese de não ser roubo a trombada, mas sim furto: “Muito embora na generalidade dos casos as subtrações por arrebatamento, caracterizadoras da assim denominada ‘trombada’, devam realmente ser categorizadas como roubos, não é menos verdade não poderem ser arredadas hipóteses nas quais essa subtração repentina não se faça acompanhar de violência à pessoa, física ou moral” (TACRIM-SP (atual TJSP), Ap. 1.325.223/9 – S. Bernardo do Campo, 9.^a C., rel. Aroldo Viotti, 16.10.2002, v. u.); l) *furto de cartão de crédito ou de banco*: a simples subtração do cartão de plástico pode ser considerada

crime de bagatela, ou seja, fato atípico. O cartão não tem valor algum e a administradora ou o estabelecimento bancário, comunicado o furto, repõe o mesmo ao cliente sem nenhum custo, como regra. Por isso, a situação é diversa daquela que apresenta o talão de cheques. Neste caso, há a necessária e custosa sustação das folhas e o reenvio de outro, muitas vezes cobrado. Se o agente do furto utilizar o cartão para fazer saques ou comprar algum produto em lugar do titular da conta, configura-se o estelionato.

9. Furto famélico: configura o estado de necessidade, caso os bens subtraídos sejam gêneros alimentícios, sem qualquer qualidade para representarem acréscimo ao patrimônio. Nessa ótica: “Admite-se o furto famélico àqueles que, vivendo em condições de maior indigência, subtraíram objetos, aptos a satisfazer privação inadiável, na qual padeciam tanto eles como seus familiares e dependentes. Ninguém furta gêneros alimentícios para acrescentá-los a seu patrimônio; fá-lo, tão-somente, para saciar a fome e atender suas vicissitudes imediatas, pois que apenas a isso se prestam mercadorias de tal natureza” (TJPB, Ap. 99.004701-5, Câmara Criminal, rel. Júlio Aurélio Moreira Coutinho, 16.11.1999, v. u., RT 773/647).

10. Elemento normativo do tipo: *alheia* é toda coisa que pertence a outrem, seja a posse ou a propriedade.

11. Móvel: é a coisa que se desloca de um lugar para outro. Trata-se do sentido real, e não jurídico. Assim, ainda que determinados bens possam ser considerados imóveis pelo direito civil, como é o caso dos materiais provisoriamente separados de um prédio (art. 81, II, CC: “Não perdem o caráter de imóveis: (...) II – os materiais provisoriamente separados de um prédio,

para nele se reempregarem”), para o direito penal são considerados móveis, portanto suscetíveis de serem objeto do delito de furto.

12. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa sujeita à subtração, que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é o patrimônio do indivíduo, que pode ser constituído de coisas de sua propriedade ou posse, desde que legítimas. A mera detenção, em nosso entender, não é protegida pelo direito penal, pois não integra o patrimônio da vítima.

13. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“subtrair” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), na maior parte dos casos, embora seja permanente na forma prevista no § 3.º (furto de energia); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

14. Causa específica de aumento de pena: trata-se do furto cometido durante o repouso noturno – ou simplesmente *furto noturno* –, especial circunstância que torna mais grave o delito, tendo em vista a menor vigilância que, durante a noite, as pessoas efetivamente exercem sobre os seus bens, seja porque estão repousando, seja porque há menor movimentação na

comunidade, facilitando a perpetração do crime. O legislador, reconhecendo o maior gravame, impõe um aumento de um terço para a pena, em quantidade fixa e predeterminada. Esta causa de aumento deve ser aplicada *somente* ao furto simples, isto é, à figura prevista no *caput*, tendo em vista a sua posição sistemática na construção do tipo penal. A pena do furto qualificado, já aumentada nas suas balizas mínima e máxima, não seria por este aumento afetada. Ademais, as circunstâncias que envolvem o furto previsto no § 4.º já são graves o suficiente para determinar uma justa punição ao autor da infração penal. Não se pode afirmar seja uma regra, embora haja, na prática, uma incidência bastante razoável a demonstrar que o ladrão que age à noite costuma valer-se de destruição ou rompimento de obstáculo, escalada, emprego de chave falsa ou concurso de duas ou mais pessoas, o que já é suficiente para qualificar o delito. Assim não ocorrendo, incidindo na figura do *caput*, a circunstância de ter agido durante o repouso noturno implica num aumento de pena. Somos adeptos, pois, da corrente que sustenta a aplicação do § 1.º *unicamente* ao *caput*. Nessa ótica: STJ: “Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente)” (REsp 940.245-RS, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 13.12.2007, v. u.); HC 10.240-RS, 6.ª T., rel. Fernando Gonçalves, 21.10.1999, v. u., DJ 14.02.2000, p. 79.

15. Repouso noturno: entende-se por repouso noturno, a fim de dar segurança à interpretação do tipo penal, uma vez que as pessoas podem dar início ao repouso noturno em variados horários, mormente em grandes cidades, o período que medeia entre o início da noite, com o pôr-do-sol, e o surgimento do dia, com o alvorecer. A

vigilância tende a ser naturalmente dificultada quando a luz do dia é substituída pelas luzes artificiais da urbe, de modo que o objetivo do legislador foi justamente agravar a pena daquele que se utiliza desse período para praticar o delito contra o patrimônio. Ensina Jorge Alberto Romeiro que ocorreu na Índia a primeira anotação encontrada na lei penal acerca da circunstância agravante de furto praticado durante a noite: “Se os ladrões, depois de haverem feito uma brecha num muro, cometem um roubo *durante a noite*, que o rei ordene a sua empalação em pontudo dardo, após a amputação das duas mãos” (parágrafo 276 do Código de Manu). Continua o mestre dizendo que Moisés já definia o período noturno “como o espaço de tempo que medeia entre o pôr e o nascer do sol” (*A noite no direito e no processo penal*, p. 181). Assim, no contexto desta causa de aumento, se a vítima dorme durante o dia – por ser vigilante noturno, por exemplo –, não incide a agravação da pena. Nesse prisma: TACRIM/SP (atual TJSP), *RJDTACRIM* 24/213. Por outro lado, é possível haver o aumento caso o furto seja cometido em zona rural (sítio ou fazenda), fora da casa-sede, desde que os moradores estejam repousando. Nesse sentido: TACRIM/SP (atual TJSP), *RJDTACRIM* 27/128.

16. Condições para a aplicação do aumento: há duas posições a respeito do tema: *a)* entendia a jurisprudência majoritária do hoje extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (atual TJSP) ser indispensável que o furto ocorra em casa habitada, com os moradores nela repousando. Nessa ótica: TACRIM, Santa Branca, Ap. 1.067.739/2, 11.^a C., rel. Wilson Barreira, 24.11.1997, v. u. Idem: TACRIM/SP, Ap. 904.891, 22.11.1994, 4.^a C., rel. Péricles Piza, v. u. (“Impossível o reconhecimento do furto noturno, apesar de cometido de madrugada, se a vítima não repousava, tendo

presenciado a ação delituosa e dialogado com o agente”); TACRIM/SP, Ap. 947.433, 01.08.1995, 4.^a C., rel. Ericson Maranhão, v. u.; TACRIM/SP-SP, Ap. 529.913/5, 2.^a C., rel. Mafrá Carbonieri, 13.04.1989, v. u.; TACRIM/SP-SP, Ap. 748875/1, 3.^a C., rel. Ciro Campos, 08.11.1994, v. u.; TACRIM/SP, Ap. 964.103/8, 13.^a C., rel. Pedro Gagliardi, 12.09.1995, v. u., *RT* 727/525. Justamente porque prevalece esse entendimento, não se tem admitido a incidência do aumento quando o furto ocorre em casa comercial (TACRIM/SP, *RJDTACRIM* 24/213); *b)* entendemos que a causa de aumento está presente desde que a subtração ocorra *durante o repouso noturno*, ou seja, quando as pessoas de um modo geral estão menos atentas, com menor chance de vigilância dos seus e dos bens alheios, porque anoi-teceu. Se um imóvel é invadido durante a noite, estando ou não habitado, com ou sem moradores no seu interior repousando, o furto merece pena mais severa. É a solução correta, pois sustentar o contrário faz com que a circunstância agravante se concentre no fato de haver maior perigo para a vítima – que está em casa dormindo – quando a subtração se realiza no mesmo local, o que não nos parece tenha sido o objetivo da lei. Nessa visão: STJ: “Incide a majorante prevista no art. 155, § 1.º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu *in casu* (Precedentes)” (REsp 940.245-RS, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 13.12.2007, v. u.).

17. Furto privilegiado: difundiu-se o entendimento de a figura prevista no § 2.º tratar-se do *furto privilegiado*, em que pese ser somente uma causa de diminuição da pena. Poder-se-ia falar em *privilégio em sentido amplo*. A autêntica figura do privilégio haveria de representar uma nova faixa para

a fixação da pena, diminuindo-se o mínimo e o máximo em abstrato, estabelecidos pelo legislador no preceito sancionador do tipo penal. Entretanto, analisando-se a especial circunstância prevista, conclui-se significar uma causa obrigatória de diminuição da pena em limites variáveis entre um a dois terços e até mesmo a substituição da pena de reclusão pela de detenção e da pena privativa de liberdade pela de multa (aliás, nessa última hipótese, está-se diante de um autêntico privilégio, pois a pena em abstrato se altera completamente para menor).

18. Primariedade: é o primeiro requisito para o reconhecimento do furto privilegiado. A primariedade é um conceito negativo, ou seja, significa não ser reincidente. Portanto, quem não é reincidente, é primário. A reincidência ocorre quando o réu comete novo crime, após já ter sido condenado definitivamente, no Brasil ou no exterior. Lembremos, no entanto, que a condenação anterior somente surte efeito para provocar a reincidência desde que não tenha ocorrido o lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o cometimento da nova infração penal. Ver comentários ao art. 63 do Código Penal. É preciso anotar que a lei foi bem clara ao exigir somente a primariedade para a aplicação do benefício, de modo que descabe, em nosso entendimento, clamar também pela existência de bons antecedentes.

19. Pequeno valor: não se trata de conceituação pacífica na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que se leva em conta ora o valor do prejuízo causado à vítima, ora o valor da coisa em si. Preferimos o entendimento que privilegia, nesse caso, a interpretação literal, ou seja, deve-se ponderar unicamente o valor da coisa, pouco interessando se, para a vítima, o prejuízo foi irrelevante. Afinal, quando o

legislador quer considerar o montante do prejuízo deixa isso bem claro, como o fez no caso do estelionato (art. 171, § 1.º, CP). Por isso, concordamos plenamente com a corrente majoritária, que sustenta ser de pequeno valor a coisa que não ultrapassa quantia equivalente ao salário mínimo. De fato, seria por demais ousado defender a tese de que um objeto cujo valor seja superior ao do salário mínimo – auferido por grande parte da população – possa ser considerado de “pequeno valor”. Nessa linha: TJDF: “Melhor sorte também não assiste à recorrente ao pleitear pela desclassificação do delito para o crime de furto privilegiado, eis que os bens foram avaliados em R\$ 450,20 (quatrocentos e cinquenta reais e vinte centavos), portanto, superior ao salário mínimo vigente à época, não havendo que se falar em coisa de pequeno valor e, por consequência, em furto privilegiado” (Ap. 2006.01.1.107316-0, Juizado Especial, rel. Alfeu Machado, 26.06.2007, v. u.). Por derradeiro, deve-se salientar que o “pequeno valor” precisa ser constatado à época da consumação do furto, e não quando o juiz for aplicar a pena. Há quem considere o furto de talão de cheques como privilegiado, por ser coisa de pequeno valor: TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 989.385, 11.ª C., rel. Ricardo Dip, 11.12.1995, m. v. Sob outro enfoque, levando em consideração a posição da vítima: TJPB: “De outra parte, o conceito de pequeno valor da coisa furtada há que ser delimitado pela capacidade econômica da vítima. Então, se aquela é pessoa pobre, simples trabalhador braçal, as sandálias que usa e a pequena quantidade de dinheiro que conduz na carteira representam bens de inquestionável relevância para a sua pessoa, afastada resta a possibilidade de desclassificação do furto para a sua modalidade privilegiada” (Ap. 200.2004.023798-0/001, C. Criminal, rel. Raphael Carneiro Arnaud, 01.06.2006, v. u.).

20. Aplicação do privilégio à figura qualificada: há polêmica quanto à possibilidade de aplicação do privilégio às figuras qualificadas previstas no § 4.º, prevalecendo o entendimento da impossibilidade. Assim, segundo a orientação por ora predominante, o privilégio seria útil somente às figuras do *caput* e do § 1.º, mas não ao tipo qualificado. Discordamos desse posicionamento. No caso do homicídio, o § 1.º do art. 121, que é considerado o *homicídio privilegiado*, aplica-se, conforme doutrina e jurisprudência majoritárias, não somente ao *caput*, mas também ao § 2.º, que cuida das qualificadoras. Por que não fazer o mesmo com o furto? Inexistindo razão para dar tratamento desigual a situações semelhantes, cremos ser possível a aplicação da causa de diminuição da pena às hipóteses qualificadas do § 4.º. Havíamos sustentado que o § 1.º só se aplica à figura simples do *caput* não somente por sua posição sistemática no tipo penal, mas sobretudo porque as qualificadoras já punem suficientemente o réu, quando uma de suas hipóteses emerge. Não há razão plausível para aplicar uma pena bem maior (reclusão de 2 a 8 anos) acrescida de mais um terço, quando se sabe que, na maioria dos casos, o furto qualificado é praticado durante a noite. Entretanto, ao se cuidar do privilégio não se está tratando de duas causas de aumento, mas de uma diminuição incidindo sobre um tipo qualificado (que já configura, por si só, um aumento). Assim, não vemos razão para punir o réu primário, que subtraiu coisa de pequeno valor, valendo-se de escalada, com a mesma pena daquele que subtraiu coisas de elevado valor, utilizando o mesmo expediente. São situações diferentes, que merecem o cuidado de aplicações diferenciadas quanto à reprimenda: para um, a pena de dois anos, diminuída de um a dois terços; para o segundo, a pena de dois anos, sem qualquer diminuição. Devem-se incentivar, segundo

cremos, as hipóteses de diminuição de pena – e não simplesmente de atenuantes – com possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em casos nitidamente menos graves. Nesse prisma: STJ: “O crime de furto (CP, art. 155) é disciplinado organicamente. O tipo fundamental de crime coordenado com os tipos derivados. Harmonizam-se. Não há contradição. As normas intercomunicam-se. Não impedem, em consequência, o furto qualificado (art. 155, § 4.º) compor-se com a causa especial de substituição ou redução da pena (art. 155, § 2.º). O tratamento normativo traduz a característica jurídica do fato – infração penal. Em evidenciando complexidade (qualificação e substituição ou redução da pena), evidente, têm que ser considerados. Caso contrário, a pena deixará de projetar a expressão dada pelo Direito. Correto, portanto, o furto qualificado ser também de pequeno valor” (REsp 187.141-SP, 6.ª T., rel. Cernicchiaro, 25.05.1999, v. u., DJ 01.07.1999, p. 214). E também da mesma Corte: “É admissível, no furto qualificado (art. 155, § 4.º), a incidência do privilégio legal que autoriza a substituição da pena restritiva de liberdade por pena pecuniária, desde que presentes os pressupostos inscritos no art. 155, § 2.º, do Estatuto Punitivo. A circunstância de situar-se o preceito benigno em parágrafo anterior ao que define o furto qualificado não afasta o favor legal dessa espécie delituosa” (REsp 66.885-SP, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 09.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 210; REsp 72.818-ES, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 19.10.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 210).

21. Aplicação dos §§ 1.º e 2.º concomitantemente: há perfeita possibilidade. Trata-se de um concurso entre causa de aumento e causa de diminuição da pena, devendo o juiz aplicar as regras gerais para a fixação da pena. Assim, poderá aumentar de

um terço a pena, por conta do furto praticado durante o repouso noturno, bem como, em seguida, compensar a elevação com a diminuição de um terço, por conta do disposto no § 2.º. Poderá, também, aumentar a pena em um terço (§ 1.º) e diminuí-la de dois terços (§ 2.º). Se preferir aplicar o privilégio, que é a substituição da pena privativa de liberdade pela multa, logicamente, o aumento do § 1.º deixará de ter importância. Enfim, conforme o caso, o § 1.º entra em sintonia com o § 2.º, cabendo a aplicação de ambos, mas pode o § 2.º suplantar o aumento do § 1.º, como já exposto.

22. Equiparação a coisa móvel: para não haver qualquer dúvida, deixou o legislador expressa a intenção de equiparar a energia elétrica ou qualquer outra que possua valor econômico à coisa móvel, de modo que constitui furto a conduta de desvio de energia de sua fonte natural. Energia é a qualidade de um sistema que realiza trabalhos de variadas ordens, como elétrica, química, radiativa, genética, mecânica, entre outras. Assim, quem faz uma ligação clandestina, evitando o medidor de energia elétrica, por exemplo, está praticando furto. Nessa hipótese, realiza-se o crime na forma permanente, vale dizer, a consumação se prolonga no tempo. Enquanto o desvio estiver sendo feito, está-se consumando a subtração de energia elétrica.

22-A. Furto de sinal de TV a cabo: é válido para encaixar-se na figura prevista neste parágrafo, pois é uma forma de energia. Nessa ótica: STJ: “Indícios apontando o uso irregular de sinais de TV a cabo por um período de cerca de 1 ano e 9 meses, sem o pagamento da taxa de assinatura ou das mensalidades pelo uso, apesar da cientificação pela empresa vítima da irregularidade da forma como recebiam o sinal, tendo sido refeita, inclusive, a ligação clandesti-

na após a primeira desativação pela NET” (HC 17.867-SP, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 17.12.2002, v. u., DJ 17.03.2003).

23. Conceito de qualificadora: convém lembrar que o crime é *qualificado* quando o tipo penal faz prever circunstâncias acrescentadas ao tipo básico, tornando-o mais grave. O gravame é exposto na forma da alteração do mínimo e do máximo em abstrato das penas previstas para o delito. Assim, enquanto o furto simples (figura básica ou elementar) tem uma pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, o furto qualificado (contendo circunstâncias específicas) altera a pena para reclusão de 2 a 8 anos e multa.

24. Destruição: é a conduta que provoca o aniquilamento ou faz desaparecer alguma coisa.

25. Rompimento: é a conduta que estraga ou faz em pedaços alguma coisa. O rompimento parcial da coisa é suficiente para configurar a qualificadora: STJ: “A subtração de objetos situados no interior do veículo mediante rompimento de obstáculo, como na hipótese, com rompimento do vidro traseiro direito de automóvel e destruição da máquina elétrica, qualifica o delito. (Precedentes)” (REsp 982.895-RS, 5.ª T., Felix Fischer, 27.03.2008, v. u.).

26. Obstáculo: é o embaraço, a barreira ou a armadilha montada para dificultar ou impedir o acesso a alguma coisa.

27. Destruição ou rompimento da própria coisa furtada: há duas correntes, fundamentalmente, analisando o assunto: a) não se aplica a qualificadora quando o agente atua contra a própria coisa. Assim, quem rompe o vidro do veículo para ter acesso ao seu interior, levando-o depois com uma “ligação direta”, praticaria furto

simples. Na jurisprudência: STJ: “A prática de violência caracterizada pelo rompimento de obstáculo contra o próprio objeto do furto, sendo o empecilho peculiar à coisa, não gera a incidência da qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal” (REsp 618.236-RS, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 03.02.2005, m. v., DJ07.03.2005, p. 326); *b*) aplica-se a qualificadora quando a conduta do agente se volta contra obstáculo inerente à própria coisa. No exemplo supracitado, estaria presente a qualificadora. Pensávamos, quando iniciamos o estudo do assunto, ser mais adequada a primeira posição, pela fiel leitura do tipo penal. Afinal, a norma estipula ser qualificado o furto quando o autor destrói (aniquila) ou rompe (faz em pedaços) uma barreira que impede a subtração da coisa. É razoável supor, portanto, que o agente, pretendendo subtrair jóias de um cofre situado numa residência, seja levado a romper ou destruir obstáculos. Arrombando uma porta ou uma janela, ingressa no recinto. Depois, torna-se necessário romper ou destruir a porta do cofre. Com isso, tem acesso às jóias. É um furto qualificado pela maior audácia e poder de destruição do autor da infração penal. No caso do ladrão que destrói o vidro de uma das janelas do carro, estaria ele, em verdade, estragando a própria coisa que pretende levar. Essa primeira impressão *cessa* quando percebemos que há coisas cujo obstáculo a sua subtração é inerente ao próprio objeto desejado. É o exemplo do veículo. O vidro de um carro não funciona exclusivamente como protetor do motorista contra chuva ou vento, mas também é um obstáculo *natural* aos que pretendem subtrair-lo. O dono, ao largar seu automóvel na rua, faz questão de trancá-lo, fechando bem os vidros, que podem, inclusive, estar conectados a alarmes e outros dispositivos de emergência. Portanto, acredita que está mais bem protegido do que se o largasse com

os vidros abertos. O agente que destrói o vidro para ter acesso ao carro certamente está sendo mais audaz e causando mais danos do que aquele que encontra o veículo aberto, levando-o. Não se pode fechar os olhos para a realidade. O proprietário de um automóvel sem capota, por exemplo, pode não deixá-lo na rua justamente porque sabe estar sem proteção alguma, mais sujeito ao furto, portanto. Aquele que possui o veículo protegido por portas e vidros não possui a mesma desconfiança. Sabe-se, aliás, ser mais dificultosa a subtração quando o carro está devidamente fechado do que quando está aberto, sem qualquer obstáculo. Uma árvore, noutro exemplo, pode estar sujeita a furto. O seu proprietário somente não colocou a planta sob maior proteção porque acredita que ela está naturalmente preservada pelas raízes grudadas ao chão. Assim, aquele que leva a árvore, arrancando-a do solo, estragando seu vínculo natural com a terra, deve responder por furto qualificado. Nem todos os obstáculos são *externos* à coisa. Cremos, pois, mais acertada a segunda posição. E mais: não vemos necessidade alguma de a subtração consumir-se para incidir a qualificadora. O sujeito que destrói o vidro do carro, sendo surpreendido quando fazia a “ligação direta”, deve responder por tentativa de furto qualificado.

28. Necessidade do exame de corpo de delito: se o crime deixa vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito (art. 158, CPP), não podendo supri-lo a prova testemunhal. Esta somente será admitida, em lugar do exame, caso os vestígios tenham desaparecido, conforme preceitua o art. 167 do Código de Processo Penal. Nesse prisma: STJ: “Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova

testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. No caso dos autos, a qualificadora do rompimento de obstáculo apenas poderia ser comprovada pela realização de exame pericial e a prova testemunhal somente poderia suprir o exame de corpo de delito se os vestígios houvessem desaparecido, o que não ocorreu no caso. Precedentes. Ordem concedida para, reformando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, afastar da condenação a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal” (HC 92.687-MS, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves de Lima, 06.03.2008, v. u.); “De outro lado, o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência” (REsp 982.895-RS, 5.ª T., Felix Fischer, 27.03.2008, v. u.); “A Turma, por maioria, entendeu que, para a aplicação da causa de aumento do art. 155, § 4.º I, do CP, é necessária a realização de perícia (se viável). Os votos vencidos entendiam que o rompimento do obstáculo poderia ser demonstrado por outros meios de prova, tais como a testemunhal ou a documental” (STJ, AgReg no REsp 942.341-RS, 6.ª T., rel. orig. Hamilton Carvalhido, rel. para acórdão Maria Thereza de Assis Moura, 07.10.2008). Idem: HC 92.687-MS.

29. Abuso de confiança: confiança é um sentimento interior de segurança em algo ou alguém; portanto, implica em credibilidade. O abuso é sempre um excesso, um exagero em regra condenável. Portanto, aquele que viola a confiança, traindo-a, está abusando. A qualificadora que diz respeito

ao *abuso de confiança* pressupõe a existência prévia de credibilidade, rompida por aquele que violou o sentimento de segurança anteriormente estabelecido. Ex.: uma empregada doméstica que há anos goza da mais absoluta confiança dos patrões, que lhe entregam a chave da casa e várias outras atividades pessoais (como o pagamento de contas), caso pratique um furto, incidirá na figura qualificada. Por outro lado, a empregada doméstica recém-contratada, sem gozar da confiança plena dos patrões, cometendo furto incide na figura simples. Note-se que a simples relação de emprego entre funcionário e empregador não faz nascer a *confiança* entre as partes, que é um sentimento cultivado com o passar do tempo (TACRIM/SP (atual TJSP), *RJDTA-CRIM* 25/190). Pode aplicar-se, no entanto, a agravante de crime cometido valendo-se da relação doméstica ou de coabitação. Cabe, ainda, uma última análise, especialmente voltada à relação empregatícia. Não se deve excluir, automaticamente, a incidência da qualificadora quando um empregado qualquer, recém-contratado, praticar furto contra o patrão. Deve-se verificar a forma de contratação. É possível que o empregador tome todas as cautelas possíveis para contratar alguém, tomando referências e buscando uma relação de confiança acima de tudo. Encontrada a pessoa – algo que é atualmente típico no contexto da empregada doméstica –, instala o empregado no seu posto, já acreditando estar diante de uma pessoa de *confiança*. Se for cometida a subtração, cremos estar configurada a qualificadora. De outra parte, há empregadores que não se preocupam, primordialmente, com a relação de confiança a ser estabelecida com o empregado. Contratam pessoas sem grande cautela. Nesse caso, sofrendo um furto, não há de incidir a figura qualificada. Entendemos que afastar a qualificadora do *abuso de confiança* unicamente porque

o empregado é novel seria desconectar o direito penal da realidade, uma vez que se sabe a enorme diferença existente entre patrões que buscam estabelecer, logo de início e como pressuposto para a contratação, uma relação de confiança e segurança com a pessoa empregada e outros que não agem da mesma forma. Por isso, conforme o caso concreto, o abuso de confiança pode figurar como qualificadora no contexto do empregado que, recém-contratado, pratica furto contra o patrão. Na jurisprudência: STJ: “1. O furto praticado por agente-diarista, contratada em função de boas referências, a quem se entregou as próprias chaves do imóvel, enquanto viajavam os patrões, caracteriza a forma qualificada prevista no art. 155, § 4.º, II, do Código Penal. 2. Ordem denegada” (HC 82.828-MS, 6.ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 21.02.2008, v. u.).

30. Fraude: é uma manobra enganosa destinada a iludir alguém, configurando, também, uma forma de ludibriar a confiança que se estabelece naturalmente nas relações humanas. Assim, o agente que criar uma situação especial, voltada a gerar na vítima um engano, tendo por objetivo praticar uma subtração de coisa alheia móvel, incide na figura qualificada. Ex.: o funcionário de uma companhia aérea que, no aeroporto, a pretexto de prestar auxílio a um turista desorientado, prometendo tomar conta da bagagem da vítima, enquanto esta é enviada a outro balcão de informações, subtrai bens contidos nas malas incide na figura qualificada. A fraude está caracterizada pelo desapego que o proprietário teve diante de seus bens, uma vez que acreditou na *estratégia* criada pelo referido funcionário. Crendo ter os seus pertences guardados por pessoa credenciada por companhia aérea, deixou-os sem proteção e viu-se vítima de um furto. Foi enganado, logrado, ludibriado. Nota-se, pois, como a fraude implica num

modo particularizado de *abuso de confiança*. Este, por si só, exige uma relação específica de segurança concretizada entre autor e vítima, enquanto a fraude requer, apenas, um plano ardiloso que supere a vigilância da vítima, fazendo com que deixe seus bens desprotegidos, facilitando a ação criminosa. A fraude é uma “relação de confiança instantânea”, formada a partir de um ardil.

31. Escalada: é a subida de alguém a algum lugar, valendo-se de escada. Escalar implica em subir ou galgar, como regra. Portanto, torna-se fundamental que o sujeito suba a algum ponto mais alto do que o seu caminho natural, ou seja, é o ingresso anormal de alguém em algum lugar, implicando em acesso por aclave. Ex.: subir no telhado para, removendo telhas, invadir uma casa. Nesse sentido: TJRN: “Comprovado nos autos que houve a remoção de telhas do telhado da residência da vítima, onde ocorreu o furto, impõe-se o reconhecimento da qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal” (Ap. 2007.003571-2, Macau, C. Crim., rel. Caio Alencar, 24.08.2007, v. u.). Por outro lado, quando o agente ingressar no imóvel por uma janela que está próxima ao solo não se configura a qualificadora, por não ter obrado ele com esforço incomum. Se houver arrombamento, pode-se falar na figura do inciso I; se a janela estiver aberta, há furto simples. Acrescentamos, no entanto, a posição de Nelson Hungria, com a qual concordamos, para incluir no contexto desta qualificadora outras possibilidades anormais de ingresso em algum lugar, mediante a utilização de meios artificiais não violentos ou contando com a própria agilidade. Dessa forma, pode-se falar em escalada, quando o agente invade uma casa, por exemplo, através de uma via subterrânea, normalmente não transitável, como o túnel de um esgoto. Se a passagem for previamente construída,

fala-se em fraude. Há de existir dificuldade contínua para a entrada no local, a ser vencida pelo agente, através do seu esforço. Finde-se, ressaltando que atos preparatórios de escalada não são puníveis, como encostar uma escada em um muro, sem, no entanto, saltá-lo (*Comentários ao Código Penal*, v. VII, p. 44).

32. Destreza: é a agilidade ímpar dos movimentos de alguém, configurando uma especial habilidade. O batedor de carteira (figura praticamente extinta diante da ousadia dos criminosos atuais) era o melhor exemplo. Por conta da agilidade de suas mãos, conseguia retirar a carteira de alguém, sem que a vítima percebesse. Não se trata do “trombadinha”, que investe contra a vítima, arrancando-lhe, com violência, os pertences. Como vimos, nessa hipótese trata-se de roubo.

33. Chave falsa: é o instrumento destinado a abrir fechaduras ou fazer funcionar aparelhos. A chave original, subtraída subrepticiamente, não provoca a configuração da qualificadora. Pode haver, nessa hipótese, conforme o caso concreto, abuso de confiança ou fraude. A mixa – ferro curvo destinado a abrir fechaduras –, segundo nos parece, pode configurar a qualificadora. Afinal, deve-se notar que se a chave é *falsa* não há de possuir o mesmo aspecto ou a mesma forma da chave original.

34. Concurso de duas ou mais pessoas: quando mais de um agente se reúne para a prática do crime de furto é natural que se torne mais acessível a concretização do delito. Por isso, configura-se a qualificadora. O apoio prestado, seja como co-autor, seja como partícipe, segundo entendemos, pode servir para configurar a figura do inciso IV. O agente que furta uma casa, enquanto o comparsa, na rua, vigia o local, está praticando um furto qualificado. Inexiste, na

lei, qualquer obrigatoriedade para que o concurso se dê exclusivamente na forma de co-autoria (quem pratica o núcleo do tipo, *executando* o crime), podendo configurar-se na forma de participação (auxílio a quem pratica a ação de subtrair).

35. Nova qualificadora: trata-se de uma segunda figura de crime qualificado. A pena aumenta ainda mais – nas faixas abstratas mínima e máxima –, para reclusão de 3 a 8 anos, quando o veículo automotor for transportado para outro Estado da Federação ou para o exterior. Esta qualificadora foi introduzida pela Lei 9.426/96, depois de intensa pressão exercida pelas companhias de seguro, fartas de indenizar subtrações de veículos automotores, cujo destino, na maioria das vezes, era outro Estado da Federação ou mesmo outro país.

36. Esquecimento da pena de multa: o tipo penal, quando foi modificado para receber mais uma qualificadora, teve um defeito: olvidou o legislador a pena de multa, típica sanção penal dos delitos contra o patrimônio.

37. Veículo automotor: todo veículo que é dotado de instrumentos de automovimentação. Há de ter um motor de propulsão, circulando por seus próprios meios. Pode ser um automóvel, um barco, uma moto, entre outros.

38. Análise do tipo penal: a expressão “venha a ser transportado” acabou configurando um delito material, ou seja, exige-se o resultado naturalístico previsto no tipo penal, sendo preciso que o veículo automotor efetivamente seja levado para outro Estado da Federação ou ainda a outro país. Se ficar na mesma unidade federativa, não há a incidência da qualificadora. Portanto, cremos não haver tentativa de furto qualificado se o ladrão está conduzindo o

veículo para outro Estado ou país e é surpreendido pela polícia. Segundo a redação do tipo penal, trata-se de uma situação *mista*, abrangendo um crime qualificado pelo resultado (transpor as fronteiras do Estado ou do País) e uma finalidade específica de agir (ter o fim de transpor as fronteiras do Estado ou do País). O ladrão, ao subtrair o veículo automotor, pode ou não ter o fim de conduzi-lo a outro Estado brasileiro ou a outro país, embora a qualificadora só se configure quando, realmente, essa finalidade se delinear na mente do agente, além de ser, de fato, atingida. O veículo que *efetivamente vai* para outro Estado ou país torna o delito mais grave, pois dificulta sobremaneira a recuperação do bem pela vítima.

39. Interpretação extensiva do termo Estado: equiparado a Estado, para inúmeras finalidades, está o Distrito Federal. Veja-se o disposto nos arts. 32 e 34 da Constituição Federal. O Distrito Federal não poderá dividir-se em Municípios, mas tem a competência legislativa reservada aos Estados e Municípios, sendo dirigido por um Governador, contando com leis aprovadas por Deputados Distritais. Ademais, salvaguarda-se o Distrito Federal, tanto quanto o Estado, da intervenção federal da União, exceto em algumas situações, expressamente previstas na Constituição. E mais: muitas leis equiparam, para seus propósitos, o Distrito Federal ao Estado. Como exemplo, pode-se mencionar o disposto no art. 1.º, § 3.º, II, da Lei Complementar 101/2000: “Nas referências: (...) a Estados entende-se considerado o Distrito Federal”. Por isso, se o agente do furto encaminhar o veículo para o Distrito Federal, saindo de qualquer outro Estado da Federação, terá incidido na hipótese desta qualificadora.

40. Conhecimento e adesão à qualificadora: é imperioso que o agente ou seus

comparsas tenham perfeita noção de que o veículo foi subtraído com a finalidade de ser levado a outro Estado da Federação ou ao exterior, aceitando tal situação. Caso algum dos concorrentes para a prática do delito desconheça totalmente a remessa do automóvel para esses lugares, não pode incidir a qualificadora, por inexistência de dolo. Não se pune a forma culposa de furto em caso algum.

41. Preponderância da qualificadora: caso o agente fure um veículo, incidindo inicialmente na figura do *caput* (furto simples) e depois leve o objeto subtraído para fora do País, a figura é qualificada (§ 5.º). Se o autor do furto rompeu obstáculo para a subtração da coisa (figura do § 4.º, I, do art. 155) e, em seguida, levou o veículo automotor para fora do Estado ou do País, incide somente a qualificadora mais grave, que é a do § 5.º. O mesmo se dá se o furto for praticado durante o repouso noturno: se o veículo sair do Estado ou do País, configura-se somente a qualificadora do § 5.º, que é mais grave.

Furto de coisa comum⁴²

Art. 156. Subtrair⁴³ o condômino, co-herdeiro ou sócio,⁴⁴⁻⁴⁶ para si ou para outrem,⁴⁷ a quem legitimamente a detém,⁴⁸ a coisa comum.⁴⁹⁻⁵¹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1.º Somente se procede mediante representação.⁵²

§ 2.º Não é punível a subtração de coisa comum fungível, cujo valor não excede a quota a que tem direito o agente.⁵³

42. Furto específico: trata-se o furto de coisa comum de um tipo penal especial, pois prevê uma subtração de coisa que não é completamente alheia, mas pertencente a mais de uma pessoa.

43. Análise do núcleo do tipo: ver nota 3 ao artigo anterior.

44. Condômino, co-herdeiro ou sócio: são sujeitos ativos especiais. O condômino é o co-proprietário; o co-herdeiro é o sucessor juntamente com outra pessoa; e o sócio é o membro de uma sociedade, portanto aquele que é proprietário em comum com outras pessoas, pertencentes ao mesmo agrupamento.

45. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é exclusivamente o condômino, o co-herdeiro ou o sócio, conforme a situação; o sujeito passivo, de igual modo, só pode ser o condômino, o co-herdeiro ou o sócio, acrescentando-se que deve estar na posse legítima da coisa. Nem todo condômino tem a posse do bem que lhe pertence. Por isso, quem detiver, licitamente, a coisa pode ser sujeito passivo deste crime.

46. Furto de sócio contra a sociedade: se o bem furtado pertence à sociedade com personalidade jurídica, entendemos tratar-se da figura do art. 155, e não de furto de coisa comum. Afinal, o que pertence à pessoa jurídica não se confunde com os bens individuais do sócio.

47. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se, ainda, a finalidade específica de agir ("para si ou para outrem"), que é o ânimo de assenhoreamento (elemento subjetivo do tipo específico ou dolo específico).

48. Detenção legítima: é a conservação em seu poder, conforme a lei, de alguma coisa. Assim, quando se inaugura um inventário, cabe ao inventariante administrar os bens do espólio até que a partilha seja feita. Se um dos co-herdeiros resolve levar, indevidamente, para sua casa bem que pertence igualmente aos demais e está sob

detenção legítima do inventariante, comete o crime previsto no art. 156.

49. Coisa comum: coisa, como já vimos, é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. O elemento normativo do crime de furto simples, associado à coisa, é *alheia*, implicando em pertencer a outra pessoa que não o agente. No caso desta figura típica, encontra-se o elemento normativo *comum*, significando algo que pertence a mais de uma pessoa, isto é, o agente subtrai alguma coisa que lhe pertence, mas também é igualmente a terceiro. Ainda que o tipo penal não tenha feito referência, é preciso interpretar que a *coisa comum* seja móvel. Não há, no Brasil, furto de coisa imóvel.

50. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa subtraída; o objeto jurídico é o patrimônio, que pode ser a propriedade ou a posse, desde que legítimas.

51. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ("subtrair" implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

52. Ação pública condicionada: somente está legitimado a agir o Ministério Público caso haja representação de alguma vítima.

53. Causa específica de exclusão da ilicitude: se a coisa comum for fungível, isto é, substituível por outra da mesma espécie, quantidade e qualidade (como o dinheiro), e o agente subtrai uma parcela que não excede a cota a que tem direito, não há fato ilícito. Realmente, não teria cabimento punir, por exemplo, o co-herdeiro que tomasse para si uma quantia em dinheiro encontrada no cofre do falecido, desde que tal valor seja exatamente aquilo a que ele teria direito caso aguardasse o término do inventário. Não cometeu crime algum, pois levou o que é somente seu. Entretanto, se o agente subtrai coisa infungível (como uma obra de arte, por exemplo), não está acobertado pela excludente, tendo em vista que o objeto do furto não pode ser substituído por outro de igual espécie e qualidade. Se é único, pertence a todos, até que se decida quem vai ficar, legitimamente, com o bem.

Capítulo II

DO ROUBO E DA EXTORSÃO

Roubo¹

Art. 157. Subtrair² coisa³ móvel alheia, para si ou para outrem,⁴⁻⁵ mediante grave ameaça ou violência a pessoa,⁶ ou depois de havê-la, por qualquer meio,⁷ reduzido à impossibilidade de resistência.⁸⁻¹⁴

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.¹⁵⁻¹⁶

§ 2.º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):¹⁷⁻¹⁹

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;^{20-22-A}

II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;²³⁻²⁴

III – se a vítima está em serviço de transporte de valores²⁵ e o agente conhece tal circunstância;²⁶

IV – se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;²⁷

V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.²⁸

§ 3.º Se da violência resulta lesão corporal grave,²⁹⁻³⁰ a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa.³¹⁻³⁴

1. Crime complexo: o roubo nada mais é do que um furto associado a outras figuras típicas, como as originárias do emprego de violência ou de grave ameaça.

2. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. É preciso ressaltar que também a vítima *somente* da violência, mas não da subtração, pode ser sujeito passivo. Isto se deve aos objetos jurídicos protegidos pelo roubo, que incluem, além do patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo.

3. Princípio da insignificância: não pode ser aplicado no contexto do roubo. Trata-se de crime complexo, que protege outros bens além do patrimônio, de forma que a violência ou a grave ameaça não podem ser consideradas de menor relevância, configuradora do delito de bagatela.

4. Análise do núcleo do tipo: tendo em vista que o roubo, como se mencionou, é um furto cometido com violência ou grave ameaça, tolhendo a liberdade de resistência da vítima, quanto à análise da “subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem”, vide notas ao art. 155.

4-A. Elemento subjetivo: é o dolo. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente em subtrair a coisa *para si ou*

para outrem. No § 1.º, observa-se a seguinte finalidade específica: *assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro*. Não se pune a forma culposa.

5. Roubo de uso: não existe tal forma em nosso entendimento, pois o agente, para roubar – diferentemente do que ocorre com o furto –, é levado a usar violência ou grave ameaça contra a pessoa, de forma que a vítima tem imediata ciência da conduta e de que seu bem foi levado embora. Logo, ainda que possa não existir, por parte do agente, a intenção de ficar com a coisa definitivamente (quer um carro somente para praticar um assalto, pretendendo depois devolvê-lo, por exemplo), consumou-se a infração penal. Quando tratamos do *furto de uso*, defendemos a posição de que somente é possível afastar-se a tipificação do furto quando o agente devolve o bem no mesmo lugar e no mesmo estado antes mesmo que a vítima perceba, pois, do contrário, estará afrontando nitidamente a sua possibilidade de dispor do que lhe pertence. Se o dono de um carro, pretendendo vendê-lo, resolve mostrar o bem a um interessado, não o encontrando, perde o negócio. Se vê surgir, depois disso, na sua frente o veículo, trazido por alguém que pretendia apenas dar uma volta com ele, trata-se de furto consumado, pois a vítima perdeu a disponibilidade do bem antes que este pudesse ter sido devolvido. Sofreu, inclusive, prejuízo. Não se deve, pois, dar uma interpretação agigantada à expressão configuradora do “elemento subjetivo do tipo específico” (“para si ou para outrem”), pretendendo dizer que pelo simples fato de o agente querer “usar” o bem por algumas horas está autorizado a fazê-lo, visto não ter agido com ânimo de apossamento definitivo. Com a devida vênia, “emprestar” o carro de outrem, sem autorização do dono, para dar umas voltas é também vontade de se apossar do bem, correndo o risco, como já

mencionamos, de perdê-lo por completo (definitivamente, portanto). Quando está “usando” o automóvel, este se encontra na esfera de disponibilidade de quem não é seu proprietário, o que afeta o patrimônio alheio do mesmo modo. Logo, não há roubo de uso, além do que o crime é complexo e há outros objetos jurídicos protegidos, como a integridade física ou a liberdade do indivíduo, já feridos quando da retirada do bem.

6. Grave ameaça ou violência a pessoa: a grave ameaça é o prenúncio de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, desde que importante e sério. O termo *violência*, quando mencionado nos tipos penais, como regra, é traduzido como toda forma de constrangimento físico voltado à pessoa humana. Lembremos, no entanto, que *violência*, na essência, é qualquer modo de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Logo, bastaria mencionar nos tipos, quando fosse o caso, a palavra *violência*, para se considerar a física e a moral, que é a grave ameaça. Mas, por tradição, preferiu o legislador separá-las, citando a grave ameaça (violência moral) e a violência, esta considerada, então, a física ou real. Não nos esqueçamos do critério estabelecido pelo legislador acerca da presunção de violência, ou seja, quando a vítima não consegue opor resistência, por limitação pessoal (idade ou enfermidade mental) ou de qualquer outro tipo (vide o disposto no art. 224, CP). Esta modalidade de violência encaixa-se na física ou real. Se o ofendido não pode resistir porque é alienado mental, por exemplo, torna-se natural deduzir que foi fisicamente compelido a fazer o que não queria.

7. Interpretação analógica desnecessária: após ter exemplificado como se obtém a redução da capacidade de resistência da vítima (com emprego de grave ameaça ou

violência a pessoa), o tipo penal generaliza a forma de praticar o roubo, permitindo que o agente se valha de *qualquer outro meio* – além dos dois primeiros – para impedir a natural resistência do ofendido à perda dos seus bens. É o que se convencionou chamar de violência indireta ou imprópria. Meditando sobre o tema, chegamos à conclusão de que a adjetivação da violência nesses termos é incorreta. A chamada violência *imprópria* não passa da conhecida violência *presumida*, bastando ler o disposto no art. 224, *c*, do Código Penal (não poder, por qualquer causa, oferecer resistência). Se esta é legalmente intitulada violência presumida, o que consta no tipo penal do roubo também o é. Retirar a capacidade de resistência da pessoa ofendida é o mesmo que fisicamente dobrar o seu esforço, retirando-lhe o que não quer entregar espontaneamente. Não fosse assim e consideraríamos induzimento ao suicídio, quando alguém convencer menor de 14 anos a se matar (ou outra pessoa sem capacidade de resistência), quando, na realidade, a doutrina afirma existir, no caso, homicídio (ver a nota 65 ao art. 122). Em suma: violência imprópria não existe, mas, sim, violência presumida, que é própria. Assim, aquele que droga a vítima para, enquanto ela está desacordada, levar-lhe os pertences está cometendo roubo, e não furto. Não se deve confundir essa prática com outras figuras do furto qualificado (fraude, abuso de confiança ou destreza). No caso do art. 155, § 4.º, II, a fraude é utilizada para ludibriar a vítima que não se programa para resistir, pois é enganada pelo ardil utilizado; não há abuso de confiança, pois nem a relação de confiança se estabeleceu entre agente e ofendido; inexistente destreza, pois não se trata de agilidade das mãos do autor para tomar os bens da vítima.

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa subtraída pelo agente e

também a pessoa que sofre a violência, direta ou indireta, ou a grave ameaça. Os objetos jurídicos são o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“subtrair” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

10. Roubo contra várias pessoas através de uma ação: concurso formal. Nessa ótica: STJ: REsp 105.298/RS, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 15.04.1997, v. u., DJ 16.06.1997, p. 27.418.

11. Roubo e estado de necessidade: embora a corrente majoritária na jurisprudência não aceite a possibilidade de se alegar estado de necessidade quando se pratica um roubo, não vemos óbice legal a tanto. É evidente que o que se pretende coibir é o abuso e a falsa alegação de necessidade. Em casos excepcionais, no entanto, cremos possível haver a excludente de ilicitude, mesmo no contexto do roubo. Destaque-se que a excludente do art. 24 do Código Penal permite que, em situação de perigo não gerada pelo autor do fato necessário, pode-se até matar. Vide o caso do naufrago que mata o outro para ficar com a bóia somente para

si, salvando-se. Assim, se alguém, necessitando de um carro com absoluta urgência para salvar seu pai, que está sofrendo um enfarte, utiliza de violência, retirando um motorista de dentro do seu veículo para dele fazer uso, pode-se perfeitamente configurar o estado de necessidade. Recentemente, vários jornais brasileiros noticiaram o caso de uma vítima de seqüestro que, conseguindo fugir do cativo, carregando consigo a arma do seqüestrador, foi obrigada a levar o carro de terceiro – pois ninguém queria lhe dar carona na zona erma em que se encontrava – para poder fugir do bairro onde estava aprisionada. Assim que vislumbrou uma viatura da Polícia Militar, jogou o carro subtraído contra ela e se apresentou como vítima de seqüestro em fuga. Esta é uma nítida hipótese de roubo por estado de necessidade.

12. “Trombada”: como já tivemos oportunidade de analisar no contexto do furto, qualquer tipo de violência incidente sobre a pessoa humana, com a finalidade de levar-lhe os pertences, configura o roubo, e não um simples furto. Ainda que a violência seja exercida contra a coisa, se de algum modo atingir a pessoa (lesionando-a ou não), existe roubo. O tipo penal do furto é bem claro, prevendo conduta livre de qualquer violência (uso de força ou coação) contra a pessoa humana, enquanto o tipo do roubo inclui tal figura. Logo, não é possível dizer que um “singelo” empurrão no ofendido não é suficiente para concretizar a violência exigida pelo tipo legal de roubo. A violência não tem graus ou espécies: estando presente, transforma o crime patrimonial do art. 155 para o previsto no art. 157.

13. Consumação do crime de roubo: vide, a respeito, a nota 5 ao art. 155, pois se trata da mesma situação. O roubo está consumado quando o agente retira o bem da esfera de disponibilidade e vigilância

da vítima. Assim: STF: “A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ que dera provimento a recurso especial do Ministério Público, ao fundamento de que a consumação do delito de roubo não depende de efetiva inversão da posse, bastando-lhe a posse momentânea. No caso, o paciente, simulando portar uma arma, subtraía da vítima um passe de ônibus, tendo, em seguida, sido detido por policiais que acompanhavam a ação. Entendeu-se que o delito não se consumara, já que o agente, ainda que na posse da coisa, permanecera sob vigilância policial. HC deferido para restabelecer acórdão de Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, reconhecendo-se a forma tentada do delito imputado ao paciente” (HC 88259/SP, 2.^a T., rel. Eros Grau, 02.05.2006, *Informativo* 425); STJ: “Considera-se consumado o roubo quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, retira a coisa da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que não venha a ser tranqüila a posse” (REsp 162.090-SP, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 24.11.1998, v. u., *DJ* 01.02.1999, p. 226). Em contrário, não se exigindo a *inversão de posse*: STF: “A Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se pleiteava a tipificação da conduta dos pacientes na modalidade tentada do crime de roubo, ao argumento de que não houvera a cessação da ameaça/violência a legitimar a sua consumação, uma vez que foram surpreendidos no instante em que a ação ocorria e sofreram interceptação imediata. Esclareceu-se, inicialmente, que, após a subtração da coisa, os pacientes deixaram o local caminhando, e que a vítima, percebendo a direção que tomavam, informara à autoridade local, que, por sua vez, efetivara a prisão dos mesmos. Aplicou-se o entendimento firmado pelo STF, que dispensa, para a consumação do roubo, o critério de saída da coisa da chamada ‘esfera de vigilância da vítima’ e se contenta com a verificação de que, cessada

a clandestinidade ou a violência, o agente tenha tido a posse da *res furtiva*, ainda que retomada, em seguida, pela perseguição imediata. Vencido o Min. Marco Aurélio que, salientando a transcrição do depoimento da vítima a revelar que não perdera os agentes de vista, considerou que o recurso especial, ao restabelecer a sentença que condenara os pacientes por roubo consumado, não tinha condições de ser conhecido. Precedentes citados: RE 102.490/SP (DJU 16.08.2001); HC 89.958/SP (DJU 27.04.2007); HC 89.653/SP (DJU 23.03.2007)” (HC 89.959-SP, 1.ª T., rel. Carlos Britto, 29.05.2007, *Informativo* 469); TJDF: “Pacífico, hoje, que, para a consumação do crime de roubo, basta a inversão da posse do bem, com a cessação da grave ameaça ou da violência, sendo desnecessário que a coisa subtraída saia da esfera de vigilância da vítima, podendo, até mesmo, haver perseguição, ou seja, também não se exige tranquilidade da posse, o que ocorreu *in casu*” (Ap. 2006 07 1 003209-7, 1.ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v. u.).

14. Concurso de roubo e extorsão: é possível haver, pois são crimes de espécies diferentes, cada qual previsto num tipo penal. Assim, o agente que ingressa numa residência, subtraindo coisas com violência ou grave ameaça, e, em seguida, delibera obrigar a vítima a dar-lhe a senha do caixa eletrônico ou faz com que o ofendido vá retirar o dinheiro, trazendo-o até o agente, comete roubo e extorsão, em concurso material. Nesse caminho: STJ: “O réu, após roubar o carro da vítima, obrigou-a a entregar o cartão 24 horas e o talonário de cheques, além de coagi-la a assinar alguns desses cheques, o que caracteriza o crime de extorsão. Conclui-se que o réu praticou os crimes de roubo e extorsão em concurso material. Os crimes de roubo e extorsão não são crimes da mesma espécie, pelo que não

ensejam continuidade delitiva, mas, sim, concurso material. Precedentes do STF” (HC 10.375-MG, 6.ª T., rel. Fernando Gonçalves, 04.11.1999, v. u., *DJ* 29.11.1999, p. 208). Cite-se, ainda: TJSP: “Roubo e extorsão qualificada. Delitos que não são da mesma espécie. Vítima constrangida a revelar sua senha bancária após consumado o roubo. Desígnios autônomos. Em se tratando de delitos que não são da mesma espécie, a pena deve obedecer o critério do concurso material de delitos” (Ap. 295.087-3-SP, 5.ª C., rel. Celso Limongi, 11.05.2000, v. u., *JUBI* 49/00).

15. Roubo próprio e roubo impróprio: o modelo abstrato de conduta do *caput* configura o *roubo próprio*, isto é, a autêntica forma de realização do roubo. O agente usa a violência ou a grave ameaça para retirar os bens da vítima. Entretanto, existe uma segunda forma, prevista no § 1.º, denominada de *roubo impróprio*, que se realiza quando o autor da subtração conseguiu a coisa sem valer-se dos típicos instrumentos para dobrar a resistência da vítima, mas é levado a empregar violência ou grave ameaça após ter o bem em suas mãos, tendo por finalidade assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa definitivamente. Há duas possibilidades para o emprego da violência ou da grave ameaça após a subtração ter-se efetivado: assegurar a impunidade, significando garantir que o agente não será preso (ex.: dar o ladrão um soco na vítima, que tenta prendê-lo, após descobrir a subtração), ou assegurar a detenção da coisa para si ou para terceiro, querendo dizer que o objeto retirado do ofendido não deve voltar à sua esfera de disponibilidade (ex.: proferir o ladrão uma ameaça de morte, apontando o revólver, para que a vítima não se aproxime, tentando recuperar o bem que percebe estar sendo levado embora).

16. Tentativa no roubo impróprio:

há duas posições a respeito: *a)* pode haver tentativa de roubo impróprio, quando o agente, apesar de ter conseguido a subtração, é detido por terceiros no instante em que pretendia usar violência ou grave ameaça; *b)* não é cabível. Se a subtração concretizou-se, não há que se falar em tentativa de roubo impróprio: ou o agente usa violência ou grave ameaça e está consumado o roubo impróprio, ou não a utiliza e mantém-se somente a figura do furto (simples ou qualificado). A polêmica é de difícil solução, embora esteja concentrada no significado a ser dado à expressão “logo depois de subtraída a coisa”. Se entendermos que tal expressão quer dizer o mesmo que *furto consumado*, naturalmente não se pode aceitar a ocorrência da tentativa de roubo impróprio, uma vez que a coisa já saiu da esfera de disponibilidade e vigilância da vítima. Não teria cabimento supor que, encontrado o autor bem longe do lugar da retirada do bem e ingressando em luta com o ofendido, a quem está agredindo quando é detido, está-se falando de tentativa de roubo impróprio. O que temos é um furto consumado em concurso com um crime violento contra a pessoa. Entretanto, se dermos à expressão a simples conotação de “retirada da coisa” da vítima, sem necessidade de se exigir a consumação do furto, então podemos cuidar da tentativa de roubo impróprio. O ofendido, por exemplo, vendo que sua bicicleta está sendo levada por um ladrão, vai atrás deste que, para assegurar sua impunidade ou garantir a detenção da coisa, busca agredir a pessoa que o persegue, momento em que é detido por terceiros. Existe aí uma tentativa de roubo impróprio. Esta nos parece ser a melhor posição. No § 1.º do art. 157 não se utilizou a expressão “subtraída a coisa” com o mesmo sentido amplo e firme da “consumação do crime de furto”, vale di-

zer, exigindo-se a posse mansa e tranqüila da coisa subtraída. O método de praticar o roubo é que varia. Enquanto no *caput* o agente usa a violência ou a grave ameaça para vencer a resistência da vítima, levando-lhe os bens, no § 1.º ele faz o mesmo, embora logo após ter conseguido, sozinho, tomar a coisa almejada. Na primeira hipótese, que é a mais usual, aponta um revólver para a vítima, ameaçando-a de morte e com isso vencendo-lhe a resistência, para tomar-lhe a bicicleta. No segundo caso, toma-lhe a bicicleta e, quando pretende escapar, notando a aproximação da vítima, aponta-lhe a arma, ameaçando-a de morte. Se neste momento for preso, tentou praticar um roubo impróprio. Naturalmente, se o furto está consumado (o bem foi retirado da esfera de vigilância e disponibilidade da vítima) e o agente é encontrado, logo depois, em situação que faça presumir ser ele o autor da infração penal (art. 302, IV, CPP), ainda que possa haver flagrante pela prática do furto, caso haja o emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça, estamos diante de crime autônomo. E, finalmente, se o agente está subtraindo a coisa (não conseguiu fazê-lo ainda), quando a vítima se aproxima entrando em luta com o ladrão, que é preso em seguida, deve-se falar em tentativa de furto seguida de eventual crime contra a pessoa.

17. Causas de aumento da pena:

faz parte da tradição a denominação de *roubo qualificado* às formas de subtração previstas no § 2.º, embora sejam apenas causas de aumento da pena. A existência de uma qualificadora, como acontece no furto (§ 4.º do art. 155), seria suficiente para alterar a faixa de aplicação da pena, aumentando-se, concomitantemente, o mínimo e o máximo. No caso presente, impõe a lei somente um aumento, que pode variar de um terço até a metade.

18. Incidência de mais de uma causa de aumento: há três posições principais nesse contexto, mas nenhuma delas plenamente satisfatória: *a)* deve haver um único aumento, baseado numa das causas constatadas. Se houver mais de uma circunstância, as demais podem ser consideradas como circunstâncias judiciais (art. 59) para estabelecer a pena-base; *b)* o aumento, que é variável (um terço até a metade), deve ser proporcional ao número de causas presentes. Assim, havendo uma única, cabe aumentar a pena em um terço. Se todas estiverem presentes, o juiz deve aumentar a pena da metade. Nesse sentido, tem-se pronunciado a jurisprudência do STF: “O aresto, embora admitindo tratar-se de roubo a mão armada e mediante concurso de agentes, ou seja, duplamente qualificado, manteve a pena em grau mínimo (5 anos e 4 meses), quando é certo que a existência de mais de uma qualificadora já seria bastante para uma pena maior” (HC 77.187-SP, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 30.06.1998, v. u., *DJ* 16.04.1999, p. 27); e do STJ: “Presentes as qualificadoras – concurso de agentes e uso de arma de fogo –, perfeitamente possível o aumento da pena, em até a metade (CP, art. 157, § 2.º, I e II). Precedentes deste STJ” (HC 9.219-SE, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, v. u., 08.06.1999, *DJ* 16.08.1999, p. 85); *c)* a existência de mais de uma causa de aumento por si só não significa a elevação necessária da pena. O juiz, se assim entender, ainda que presentes várias causas de aumento, poderia aplicar o aumento de apenas um terço, pois o que está em jogo é a gravidade do meio empregado, e não o número de incisos do § 2.º que estejam configurados. Assim: TA-CRIM-SP (atual TJSP): “Na fixação da pena do crime de roubo qualificado, ainda que dupla a causa de aumento, a majoração deve limitar-se a 1/3, reservando-se o acréscimo superior ao mínimo a casos excepcionais, como na hipótese de número excessivo de

agentes e emprego de armas de grosso calibre” (Ap. 1.175.817/0-Adamantina, 8.^a C., rel. Lopes de Oliveira, 02.12.1999, m. v.). No mesmo sentido: Ap. 1.172.491/2-Itu, 2.^a C., rel. Érix Ferreira, 09.12.1999, v. u.; Ap. 1.172.653/2-SP, 1.^a C., rel. Eduardo Goulart, 09.12.1999, v. u. Inicialmente, pareceu-nos ser cabível a aplicação da segunda posição, que reconhecemos ser predominante. No entanto, pode ela ser extremamente benéfica ao acusado. Se o roubo praticado com emprego de arma já possibilita a pena mínima de 5 anos e 4 meses de reclusão, não é crível que, havendo outras causas de aumento, a pena continue fixada no mesmo patamar. A reprovação da conduta, para que a pena seja corretamente individualizada, conforme determinação constitucional, necessita estar em harmonia com o quadro geral das causas de aumento. Quem incide numa única circunstância do § 2.º não pode ter idêntico tratamento ao de quem incidiu em todas, por exemplo. Seria deixar de lado o processo de individualização, dando a cada um a pena que efetivamente merece. Entretanto, caso o agente cometa o roubo com todas as causas presentes (emprego de arma, concurso de várias pessoas, com conhecimento do transporte de valores feito pela vítima, levando o veículo para outro Estado e ainda restringindo a liberdade do ofendido), não deve merecer uma pena de apenas 6 anos de reclusão, que seria o resultado da pena mínima com o aumento máximo da metade. Assim, para maior justiça, cabe ao magistrado, havendo uma só causa de aumento, ponderar se ela deve atender ao máximo (metade), ao mínimo (um terço) ou a qualquer montante intermediário de aumento. Nada impede que, havendo uma só circunstância do § 2.º, o magistrado eleve a pena da metade. Por outro lado, quando uma segunda, terceira ou quarta circunstância também estiver presente, o juiz deve deslocá-la para o con-

texto das circunstâncias judiciais (art. 59), proporcionando um aumento da pena-base. Assim, o sujeito que cometesse um roubo, com todas as causas de aumento possíveis, poderia ser apenado com mais de dez anos de reclusão, conforme o caso. Se o legislador previu um mínimo de 4 anos e um máximo de 10 para o delito de roubo, sem incluir nesse cômputo as causas de aumento, aptas a romper o máximo, não é aceitável que se permaneça vinculado à política da pena mínima. Se esta política permanecer, com a devida vênia, estar-se-á privilegiando os criminosos contumazes em detrimento dos ocasionais, para quem a pena mínima pode ser a mais adequada. Em suma, não se deve aceitar um critério matemático para a fixação da pena. Nessa ótica: STJ: “1. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal. 2. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2.º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2.º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que

pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação” (REsp 738.166-RS, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 26.06.2007, v. u.); “Ao estabelecer o aumento de pena no roubo, deve o juiz considerar não a gravidade abstrata do delito, como sói acontecer quando se faz caso apenas quantitativamente das causas especiais, mas, sim, a sua gravidade concreta para, desse modo, fixar o *quantum* de pena, na extensão do aumento, que vai de um mínimo a um máximo (Código Penal, art. 157, § 2.º). A consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo, *ad exemplum*, que uma única causa especial de aumento alternativa possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal do aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie” (HC 11.129-MT, 6.ª T., rel. Hamilton Carvalhido, 07.11.2000, v. u., RSTJ 145/578); TJSP: “Para mim o que deve justificar a escolha da fração de acréscimo não é o número das causas de aumento (qualificadoras) e sim a gravidade inerente a elas. Não me parece razoável agravar mais a pena para um réu que praticou roubo em concurso com um menor e usando canivete, do que para um único assaltante armado de submetralhadora ou de uma espingarda calibre 12. Além disso, sou visceralmente contra a adoção de critérios objetivos que se apliquem indistintamente a toda e qualquer situação, pois esse sistema retira do julgador o direito de aferir no caso concreto as circunstâncias que o levem a maior ou menor aumento. No roubo ora em julgamento foram apenas dois agentes. E uma única arma de fogo foi

usada para ameaçar a vítima. Assim sendo, rogando ainda uma vez a devida vênia para discordar, para mim o aumento adequado é o mínimo previsto em lei, de um terço” (Ap. 906.377.3/6, 7.^a C., rel. Ivan Marques, 25.05.2006, v. u.).

19. Critérios que eram seguidos pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (atual TJSP) para a fixação do aumento da pena no caso de roubo:

a) seguem o critério subjetivo, podendo estabelecer o aumento livremente: Ap. 1.153.127/7, 13.^a C., rel. Abreu Oliveira, 06.07.1999; Ap. 1.124.921/3, 10.^a C., rel. Ary Casagrande, 06.01.1999; Ap. 1.173.793/1, 15.^a C., rel. Carlos Biasotti, 27.01.2000; EI 1.125.517/1, 5.^a C., rel. Cláudio Caldeira, 15.12.1999; Ap. 1.163.795/0, 4.^a C., rel. Devienne Ferraz, 11.01.2000; Ap. 1.176.305/0, 16.^a C., rel. Eduardo Pereira, 02.12.1999; Ap. 1.096.919/6, 11.^a C., rel. Fernandes de Oliveira, 11.05.1998; Ap. 1.097.003/4, 15.^a C., rel. Fernando Matallo, 15.07.1999; Ap. 1.107.065/1, 15.^a C., rel. Geraldo Lucena, 11.03.1999; Ap. 1.155.865/9, 6.^a C., rel. Ivan Marques, 15.09.1999; Ap. 1.178.873/2, 4.^a C., rel. João Morengi, 07.12.1999; Ap. 1.174.303/7, 2.^a C., rel. José Urban, 03.02.2000; Ap. 1.175.817/0, 8.^a C., rel. Lopes de Oliveira, 02.12.1999; Ap. 1.190.609/1, 10.^a C., rel. Márcio Bártoli, 1.^o.03.2000; Ap. 1.140.087/1, 4.^a C., rel. Marco Nahum, 06.04.1999; Ap. 1.204.131/2, 10.^a C., rel. Ricardo Feitosa, 23.08.2000; Ap. 1.169.671/1, 2.^a C., rel. Silvério Ribeiro, 27.01.2000; Ap. 1.208.529/7, 13.^a C., rel. Teodomiro Méndez, 1.^o.08.2000; Ap. 1.125.523/7, 15.^a C., rel. Vidal de Castro, 26.11.1998; *RJTA-CRIM* 29/167 (Poças Leitão, 06.02.1996), 33/224 (Canellas de Godoy, 22.10.1996), 40/53 (Renato Nalini, 04.05.1998), 43/210 (Silveira Lima, 18.03.1999), 46/224 (Breno Guimarães, 22.12.1999), 30/254 (S. C. Garcia, 14.03.1996), 36/299 (Décio Barretti,

08.05.1997), 40/72 (Ubiratan de Arruda, 07.05.1998), 45/259 (Figueiredo Gonçalves, 03.08.1999); *b)* seguem o critério aritmético: uma qualificadora = 1/3; duas = 3/8; três = 5/12; quatro = 11/24; cinco = 1/2: Ap. 1.144.521/0, 11.^a C., rel. Xavier de Aquino, 05.07.1999; Ap. 1.160.963/1, 8.^a C., rel. Fernando Miranda, 23.09.1999; Ap. 1.163.895/3, 7.^a C., rel. Corrêa de Moraes, 03.02.2000; Ap. 1.165.393/1, 12.^a C., rel. Junqueira Sangirardi, 08.11.1999; Ap. 1.175.355/9, 7.^a C., rel. Luiz Ambra, 27.01.2000; Ap. 1.179.697/2, 11.^a C., rel. José Habice, 31.01.2000; Ap. 1.181.831/1, 11.^a C., rel. Wilson Barreira, 05.01.2000; *RJTACRIM* 45/329 (Fernando Miranda, 28.10.1999). No mesmo prisma aritmético, mas com outro critério: uma qualificadora = 1/3; duas = 3/8; três = 2/5; quatro = 11/24; cinco = 1/2: Ap. 1.154.187/8, 4.^a C., rel. Péricles Piza, 03.08.1999; Ap. 1.173.329/9, 7.^a C., rel. Souza Nery, 09.12.1999; Ap. 1.177.375/3, 14.^a C., rel. San Juan França, 14.12.1999. E, ainda, sob o prisma objetivo, com outro critério de aumento: uma qualificadora = 1/3; duas = 3/8; três = 5/12; quatro = 7/16; cinco = 1/2: Ap. 1.163.773/1, 12.^a C., rel. Barbosa de Almeida, 19.01.2000; Ap. 1.170.755/1, 14.^a C., rel. França Carvalho, 07.12.1999; Ap. 1.179.541/4, 14.^a C., rel. René Ricupero, 14.12.1999. E, finalmente, com critério de aumento próprio: uma qualificadora = 1/3, duas = 2/5; três ou mais = 1/2: Ap. 1.102.357/1, 9.^a C., rel. Moacir Peres, 10.02.1999; Ap. 1.151.619/7, 9.^a C., rel. Aroldo Viotti, 06.10.1999; Ap. 1.171.443/8, 9.^a C., rel. Evaristo dos Santos, 24.11.1999.

20. Conceito de arma: é o instrumento utilizado para defesa ou ataque. Denomina-se *arma própria*, a que é destinada, primordialmente, para ataque ou defesa (ex.: armas de fogo, punhal, espada, lança etc.). Logicamente, muitas outras coisas

podem ser usadas como meios de defesa ou de ataque. Nesse caso, são as chamadas *armas impróprias* (ex.: uma cadeira atirada contra o agressor; um martelo utilizado para matar; uma ferramenta pontiaguda servindo para intimidar). Refletindo melhor a respeito, pensamos que o tipo penal se vale da acepção ampla do termo, ou seja, refere-se tanto às armas próprias, quanto às impróprias, pois ambas apresentam maior perigo à incolumidade física da vítima. Para a análise dessa causa de aumento, no entanto, há intensa polêmica, fruto de duas visões a respeito do tema: a) *critério objetivo*: avalia o “emprego de arma”, segundo o efetivo perigo que ela possa trazer à vítima. Logo, para essa teoria, uma arma de brinquedo, embora seja útil para constituir a grave ameaça, não presta à finalidade do aumento, que é a sua potencialidade lesiva concreta à pessoa do ofendido; b) *critério subjetivo*: analisa o “emprego de arma”, conforme a força intimidativa gerada na vítima. Sob esse prisma, uma arma de brinquedo é instrumento hábil à configuração da causa de aumento, uma vez que o temor provocado no ofendido é muito maior – diminuindo a sua capacidade de resistência consideravelmente – quando é utilizada. Como explicamos, meditando sobre o assunto, preferimos a teoria objetiva, ou seja, respeitando-se o princípio da legalidade, deve-se considerar *arma* exatamente aquilo que pode ser usado como instrumento de ataque ou defesa – ainda que seja imprópria (como, v. g., a utilização de um machado para intimidar o ofendido). É, sem dúvida, mais perigosa a exposição da vítima do roubo a quem possua objeto desse cabedal. Ao contrário, o sujeito que exerce a grave ameaça valendo-se de outros meios, como o emprego de sua própria força física, gera menor potencialidade lesiva ao ofendido, que, inclusive, pode sentir-se mais preparado a reagir. Por isso, não podemos aquiescer na consideração

de *arma de brinquedo* como se arma fosse. Ela não é instrumento de ataque ou defesa, nem próprio, nem impróprio. Logo, nesse caso, não nos parece esteja configurada a causa de aumento do roubo. A despeito disso, o Superior Tribunal de Justiça havia adotado o critério subjetivo e entendeu configurar o aumento quando o agente atuasse valendo-se de arma de brinquedo. Era o conteúdo da Súmula 174: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena”. Entretanto, na sessão de 24 de outubro de 2001, a Terceira Seção da Corte cancelou a referida Súmula, por maioria de votos (REsp 213.054-SP, rel. José Arnaldo da Fonseca, com voto vencedor. O único voto vencido foi proferido pelo Min. Edson Vidigal).

21. Arma de brinquedo: expusemos em nota anterior ter a jurisprudência majoritária de nossos tribunais se inclinado pela teoria subjetiva a respeito do “emprego de arma”, considerando a maior capacidade de intimidação que pode gerar na vítima. Um desdobramento desse debate surge no contexto específico da arma de brinquedo: a) serve para provocar a incidência da causa de aumento, tendo em vista justamente que o ofendido, intimidado, crendo tratar-se de uma arma de fogo verdadeira, entrega mais facilmente os seus bens. A posição estava em sintonia com a revogada Súmula 174 do Superior Tribunal de Justiça (teoria subjetiva). Assim também: STJ: REsp 33.003-SP, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 14.11.1995, v. u., *DJ* 20.05.1996, p. 16.743; REsp 56.095-SP, 6.^a T., rel. Adhemar Maciel, 30.11.1994, v. u., *DJ* 13.03.1995, p. 5.320; REsp 38.136-SP, 6.^a T., rel. Adhemar Maciel, 31.05.1994, v. u., *DJ* 27.06.1994, p. 17.005; b) não serve para provocar o aumento da pena, tendo em vista que “arma de brinquedo” não é arma. Pode até ser utilizada como tal, embora seja sempre exclusivamente um simulacro.

Ora, levando-se em conta a teoria objetiva, somos levados a não considerar que a arma de brinquedo seja capaz de gerar a causa de aumento de pena, uma vez que não causa à vítima maior potencialidade lesiva. É indiscutível que a arma de brinquedo pode gerar grave ameaça e, justamente por isso, ela serve para configurar o tipo penal do roubo, na figura simples (jamais a causa de aumento). E mais: depende da arma de brinquedo. Se ela se constituir num aparente brinquedo (feita em plástico vermelho, por exemplo), nem para constituir o tipo penal servirá, uma vez que não é apta a gerar no ofendido qualquer poder intimidativo.

22. Arma defeituosa ou sem munição e a simulação: na hipótese de arma defeituosa, entendemos ser indispensável a análise do caso concreto. Caso a arma seja considerada pela perícia *absolutamente* ineficaz por causa do seu defeito, não se pode considerar ter havido maior potencialidade lesiva para a vítima (teoria objetiva do emprego de arma); logo, não se configura a causa de aumento. Em sentido contrário: STJ: “Ainda que a arma empregada no crime de roubo para exercer a grave ameaça seja ineficaz, deve incidir a qualificadora prevista no art. 157, § 2.º, do Código Penal, já que a vítima – que desconhecia essa circunstância – teve, de qualquer forma, diminuída ou suprimida a sua capacidade de resistência” (REsp 162.090-SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 24.11.1998, v. u., DJ 01.02.1999, p. 226). Se a arma for considerada *relativamente* capaz de dar disparos, cremos presente o aumento previsto. No que se refere à arma sem munição, é apenas um meio *relativamente* ineficaz, pois a qualquer momento pode o agente colocar projéteis e disparar contra a vítima. Assim, entendemos deva estar configurada a causa de aumento. A terceira hipótese cuida da simulação de arma, quando o agente se vale do próprio dedo ou de um instrumento pontiagudo

embaixo de suas vestes, dando a impressão de carregar um revólver. Entendemos ser meio suficiente para gerar a grave ameaça, pois a vítima normalmente não costuma blefar nesses casos, entregando os seus bens. Nessa ótica: STJ: “A simulação do uso de arma de fogo durante a subtração de bens configura a grave ameaça caracterizadora do crime de roubo, pois tal conduta é suficiente para causar a intimidação da vítima” (REsp 87.974-SP, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 09.11.1999, v. u., DJ 29.11.1999, p. 210); TAPR (atual TJPR): “Se o gesto simulado pelo agente, de quem está prestes a sacar de arma de fogo supostamente trazida debaixo da camisa, está plenamente comprovado nos autos, e, assim também, comprovado está que tal artifício foi hábil e suficiente para intimidar e submeter a vítima, possibilitando a subtração dos seus pertences, resta caracterizado o crime de roubo, e não o de furto, conforme a remansosa jurisprudência brasileira” (Ap. 94.790-2, 1.ª C., rel. Luiz Cezar de Oliveira, 26.09.1996, v. u.). Não cabe, no entanto, falar na causa de aumento, pois objetivamente *inexistiu* arma.

22-A. Apreensão da arma: desnecessidade. A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida. Conferir: TJSP: “A não apreensão da arma de fogo utilizada na perpetração do roubo não é motivo suficiente para afastar a qualificadora prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP, mormente se a vítima afirma categoricamente que um dos agentes portava um revólver” (Ap. 906.377.3/6, 7.ª C., rel. Ivan Marques, 25.05.2006, v. u.).

23. Concurso de duas ou mais pessoas: sempre mais perigosa a conduta daquele que age sob a proteção ou com o auxílio de outra pessoa. Assim, o autor de roubo, atuando com um ou mais comparsas, deve responder mais gravemente pelo que fez. Nesse sentido: TJDF, Ap. 2006.01.1.082956-2, 1.^a T., rel. João Egmont, 03.05.2007, v. u. Entendemos, na esteira do ocorrido com o crime de furto, que basta haver o *concurso* de duas ou mais pessoas, sem necessidade de estarem todas presentes no local do crime. Afinal, não se pode esquecer da participação, moral ou material, também componente do quadro do concurso de agentes.

24. Concurso material entre roubo qualificado e quadrilha armada: possibilidade, pois os bens jurídicos são diversos. Enquanto o tipo penal do roubo protege o patrimônio, o tipo penal da quadrilha ou bando garante a paz pública. Assim: STJ: HC 10.126-RJ, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 09.11.1999, v. u., DJ 13.12.1999, p. 164 (ver a nota 28 ao art. 288, com outros acórdãos).

25. Vítima a serviço de transporte de valores: o roubo é mais grave quando o agente subtrai bens de quem está transportando valores pertencentes a terceiro. Essa atividade envolve, fundamentalmente, as empresas que se dedicam justamente a esse transporte, constituindo alvo identificável e atrativo aos assaltantes. Além disso, o prejuízo, nessas situações, costuma ser consideravelmente alto. Por tais causas, ocorre a maior reprovação da conduta.

26. Dolo direto: exige o tipo penal que o agente *conheça* a circunstância referente ao transporte de valores de terceiros, razão pela qual não se configura a causa de aumento quando houve dolo indireto (assumir o risco de provocar o resultado).

27. Veículo automotor levado a outro Estado ou para o exterior: vide nota 38 ao art. 155, § 5.^o.

28. Vítima com a liberdade cerceada: introduzida pela Lei 9.426/96, teve o legislador por finalidade punir mais gravemente o autor do roubo que, além do mínimo indispensável para assegurar o produto da subtração, detém a vítima em seu poder. Entretanto, não houve interpretação pacífica desse novo dispositivo, tendo em vista que três situações podem surgir: *a)* o agente segura a vítima por brevíssimo tempo, o suficiente para tomar-lhe o bem almejado (ex.: disposto a tomar o veículo da vítima, o agente ingressa no automóvel unicamente para, alguns quarteirões depois, colocá-la para fora); *b)* o agente segura a vítima por tempo superior ao necessário ou valendo-se de forma anormal para garantir a subtração planejada (ex.: subjugando a vítima, o agente, pretendendo levar-lhe o veículo, manda que entre no porta-malas, rodando algum tempo pela cidade, até permitir que seja libertada ou o carro seja abandonado). Conferir: STJ: “O inciso V do art. 157, § 2.^o, do CP exige para a sua configuração que a vítima seja mantida em tempo juridicamente relevante em poder do réu, sob pena de que sua aplicação seja uma constante em todos os roubos” (REsp 228.794-RJ, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 20.06.2001, v. u., DJ 20.08.2001, p. 513); *c)* o agente, além de pretender subtrair o veículo, tem a nítida finalidade de privar a liberdade do ofendido, para sustentar qualquer outro objetivo, embora na grande parte das vezes seja para subtrair-lhe outros bens. Para tanto, roda com ele pela cidade – na modalidade que hoje se chama de “seqüestro-relâmpago” –, almejando conseguir saques em caixas eletrônicos, por exemplo. Na primeira hipótese, cremos não estar configurada a causa de aumento – afinal, o tipo penal fala em “manter”, o

que implica sempre uma duração razoável; na segunda, está a circunstância de aumento presente; na terceira, trata-se de roubo seguido de seqüestro, em concurso. Lembremos a lição de Cezar Roberto Bitencourt: “Assim, quando o *seqüestro* for praticado concomitantemente com o roubo de veículo automotor ou, pelo menos, como meio de execução do roubo ou como garantia contra ação policial, estará configurada a majorante aqui prevista. Agora, quando eventual seqüestro for praticado depois da consumação do roubo de veículo automotor, sem nenhuma conexão com a sua execução, não se estará diante da majorante especial, mas se tratará de concurso de crimes” (A exasperação penal nos crimes de furto, roubo e receptação. Reflexões sobre as inovações da Lei 9.426/96, *Ajuris* 72/195). No sentido da possibilidade de existência de concurso material entre roubo e seqüestro: TJSP: “Privação da liberdade da vítima quando já consumado o crime de roubo. Absorção por este. Inadmissibilidade. Desígnios autônomos” (Ap. 295.087-3-SP, 5.^a C., rel. Celso Limongi, 11.05.2000, v. u., *JUBI* 49/00).

29. Crime qualificado pelo resultado lesões graves: é uma das hipóteses de delito qualificado pelo resultado, que se configura pela presença de dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (lesões corporais graves – art. 129, §§ 1.^o e 2.^o, CP). Maiores detalhes podem ser obtidos nos comentários feitos ao art. 19.

30. Hipóteses quanto ao resultado mais grave: a) lesão grave consumada + roubo consumado = roubo qualificado pelo resultado lesão grave; b) lesão grave consumada + tentativa de roubo = roubo qualificado pelo resultado lesão grave, dando-se a mesma solução do latrocínio

(morte consumada + tentativa de roubo). Ver: “À semelhança do que se passa com o latrocínio – porque *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio* –, se da violência resulta lesão corporal de natureza grave, e foi bem o que se verificou na espécie, reúnem-se na conduta todos os elementos da definição legal de roubo, ainda que não concretizada a lesão patrimonial; significa dizer que se consumaram os crimes” (*RJDTACRIM* 7/155).

31. Crime qualificado pelo resultado morte: trata-se da hipótese do latrocínio, quando também se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte). É considerado crime hediondo. Cuidou o legislador de explicitar que é preciso haver, anteriormente, *violência*, razão pela qual entendemos não estar configurada a hipótese do latrocínio se, da grave ameaça, resultar lesão grave ou morte. Nesse prisma: TJSP: “Todavia, a violência a que se refere o art. 157, § 3.^o, do Código Penal há de ser física, e não moral. Com efeito, enquanto o *caput* refere a ‘grave ameaça ou violência à pessoa’, no § 3.^o, que trata do latrocínio, apenas faz referência à violência física, ao dispor que ‘se da violência resulta lesão corporal de natureza grave etc.’, omitindo a ameaça, seja ela grave ou não” (caso no qual, durante um assalto, o síndico do prédio, com mais de 80 anos, morre de ataque cardíaco) (Ap. 57.827-3-SP, 6.^a C., rel. Nelson Fonseca, v. u., *RJTJSP* 111/495). Há posição em sentido contrário, exigindo mero nexo de causalidade entre o roubo (com violência ou grave ameaça) e o resultado mais grave. Não se admitindo a aplicação do § 3.^o quando houver grave ameaça, a única solução viável é o desdobramento das condutas em dois delitos em concurso: roubo + lesões graves ou roubo + homicídio. O segundo delito será punido dolosa ou culposamente, conforme o caso.

32. Aspectos do resultado morte: cremos que a violência empregada para o roubo é apta a causar a morte de qualquer pessoa, e não somente da vítima. Assim, se um dos autores atira contra o ofendido, mas termina matando quem está passando pelo local, comete latrocínio. O mesmo se diga se o marginal desfece tiros contra a polícia que chega no momento do assalto ou contra a vítima, matando um outro comparsa. A violência empregada trouxe o resultado “morte”, não necessariamente do ofendido, pois o direito protege a vida humana, e não somente a vida da vítima do crime patrimonial. É evidente que a morte do co-autor ou de quem está passando precisa, de algum modo, estar conectada ao roubo, a fim de garantir o liame causal. Se o agente resolve matar o comparsa, durante um assalto, simplesmente porque este diverge de suas ordens, não se pode falar em latrocínio. A aplicação da teoria do erro quanto à pessoa é cabível. Nessa esteira, conferir: TJSP: “O agente que, no decorrer de um assalto a mão armada, desfecha tiros com desígnio de matar a vítima, mas vem a matar por erro de execução o próprio comparsa, deve responder por latrocínio consumado, e não meramente tentado” (Ap. 316.617-3-Sorocaba, 5.^a C. de Janeiro de 2001, rel. Geraldo Xavier, 31.01.2001, v. u., *JUBI* 56/01). Pela importância do argumento, ver também, embora antigo: TJSP: “Se da violência resulta morte, diz a lei, o crime é de latrocínio. E não exige que a morte seja da própria vítima de lesão patrimonial. Esse crime, qualificado pelo resultado, é gravemente apenado (um dos que mais o são no Código Penal), porque, para obtenção do proveito material, não se tergiversa no emprego da violência física, que vem a final a produzir a eliminação da vida humana, ainda que seja do próprio partícipe do crime, mortalmente atingido pelo próprio comparsa” (no caso, o tiro foi disparado contra

a vítima) (Rev. 139.808-SP, Grupo Criminal, rel. Prestes Barra, 05.02.1980, v. u., *RT* 544/337). E também: *RT* 544/338, *RJTJSP* 119/474. Se, pretendendo matar a vítima, mata o co-autor, responde como se tivesse assassinado o ofendido. Logo, é latrocínio. Mas se, desejando livrar-se do comparsa, mata-o durante um roubo, cremos estar configurada a hipótese de homicídio em concurso com o roubo. Não há ainda conexão entre a morte e o roubo, deixando de se configurar o latrocínio quando a vítima reage e mata um dos agentes. Assim: TJSP: “(...) quando a morte de um dos agentes decorre da legítima defesa praticada pela vítima. De um ato lícito não pode resultar nenhuma consequência agravando a pena” (Rev. 57.024-3, Seção Criminal, rel. Marino Falcão, 01.03.1988, v. u., *RT* 629/308). E ainda: TJSP: *RT* 641/313.

32-A. Multiplicidade de vítimas: tendo o legislador optado por inserir o latrocínio ou o roubo com lesões graves como delito qualificado pelo resultado, no contexto dos crimes contra o patrimônio, é preciso considerar que a morte de mais de uma pessoa (ou lesões graves), porém, voltando-se o agente contra um só patrimônio (ex.: matar marido e mulher para subtrair o veículo do casal), constitui crime único. Nesse caso, entretanto, deve o magistrado ponderar as *consequências* do crime (mais de uma morte) para majorar a pena, valendo-se do art. 59 do Código Penal. Essa tem sido a posição majoritária na jurisprudência. Em contrário, confira-se o magistério de Marcelo Fortes Barbosa: “Não concordamos com a posição do v. acórdão citado [diz respeito à multiplicidade de mortes, porém com o reconhecimento de crime único], e assim procedemos porque entendemos que, tendo o Egrégio Supremo Tribunal Federal assinalado na Súmula 610: ‘Há crime de latrocínio, quando o homicídio

se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima', adotada a velha tese de Carrara de que o latrocínio se consuma com a efetivação do delito contra a vida, por mais grave, não vemos como se possa ver na hipótese um só latrocínio. Com efeito, se duas foram as mortes, ainda que uma só a subtração patrimonial, em face da Súmula que não pode ser desprezada por pretextos técnicos, sob pena de se ignorar completamente o direito sumular, que hoje é uma realidade no país, dois latrocínios ocorreram mediante uma só ação, ainda que proposta a unidade de desígnios. (...) Ainda que se possa entender a posição majoritária como rigorosamente técnica, em virtude da artificialidade da colocação do latrocínio entre os crimes contra o patrimônio, a verdade é que o rigor técnico de uma situação visivelmente postiça pode nos levar a uma jocosa, se não fosse trágica, ironia forense: 'mate no atacado e pague no varejo'..." (*Latrocínio*, p. 58-60). Muito embora se compreenda a indignação do autor, mantemo-nos fiéis ao cometimento de um só delito, caso o patrimônio de uma só pessoa ou família seja atingido, ainda que ocorra mais de uma morte ou lesão grave. É a técnica que inspira a legalidade e esta nos confere a segurança de que não haverá crime sem lei anterior que o *defina*. No entanto, somos levados a rememorar, outra vez, que o caso pode ser solucionado, a bem da justiça, na fixação da pena, que varia, no caso do latrocínio, entre 20 e 30 anos. Para isso existe a individualização da pena, a merecer consideração rigorosa do magistrado. Duas mortes não podem terminar em pena mínima de vinte anos, por exemplo. Vale a majoração cabível em função do art. 59 do Código Penal. De outra parte, se o roubo com resultado lesão grave ou morte foi indevidamente colocado no art. 157, § 3.º, do Código Penal, cuida-se de política legislativa, artifício do princípio da

legalidade, dado que ao Judiciário não cabe editar leis. Dessa forma, tecnicamente, a multiplicidade de mortes (ou lesões graves) não leva à prática de vários latrocínios, caso o patrimônio seja unitariamente lesado.

33. Hipóteses possíveis: a) *roubo consumado e homicídio tentado*: tentativa de latrocínio; b) *roubo consumado e homicídio consumado*: latrocínio consumado; c) *roubo tentado e homicídio tentado*: tentativa de latrocínio; d) *roubo tentado e homicídio consumado*: latrocínio consumado. Neste último caso, dever-se-ia falar, tecnicamente, em latrocínio tentado, pois o crime patrimonial não atingiu a concretização, embora da violência tenha resultado a morte. Entretanto, segundo a jurisprudência predominante, como a vida humana está acima dos interesses patrimoniais, soa mais justa a punição do agente por latrocínio consumado, até mesmo porque o tipo penal menciona "se da violência resulta morte", seja ela exercida numa tentativa ou num delito consumado anterior. É a posição esposada pela Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal ("Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima") e da maioria da jurisprudência: TJSP: "Latrocínio – Desclassificação para homicídio – Irrelevância de não haver ocorrido subtração patrimonial – Consumação operada com a morte da vítima – Condenação mantida – Recurso não provido" (Ap. 160.344-3-Diadema, rel. Lustosa Goulart, 05.05.1994).

34. Aplicação do art. 9.º da Lei 8.072/90: a Lei dos Crimes Hediondos estabeleceu, no referido art. 9.º, que a pena do latrocínio deve ser acrescida da metade, respeitado o limite superior de 30 anos, se a vítima estiver em qualquer das hipóteses do art. 224 do Código Penal (pessoas menores de 14 anos de idade, alienadas ou débeis

mentais e que não podem opor resistência por qualquer motivo). Chega-se, pois, ao absurdo de a pena mínima coincidir com a máxima. Assim, praticar latrocínio contra menor de 14 anos levaria o juiz a fixar a pena mínima de 30 anos (20 anos + metade), que é também o máximo permitido (30 anos). Há uma nítida lesão ao princípio constitucional da individualização da pena, embora tenha a Constituição especificado, no art. 5.º, inciso XLVI, que esse processo seria feito *conforme a lei*. Esta, por seu turno, conforme atualmente nos parece, não pode estabelecer uma coincidência entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato em hipótese nenhuma. Logo, é preceito inconstitucional. A solução para o magistrado é ignorar o aumento de metade, em relação à pena mínima, tornando viável realizar a individualização da sanção entre 20 e 30 anos de reclusão.

Extorsão³⁵

Art. 158. Constranger³⁶ alguém,³⁷ mediante violência ou grave ameaça,³⁸ e com o intuito de obter³⁹ para si ou para outrem indevida vantagem econômica,⁴⁰⁻⁴¹ a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:⁴²⁻⁴⁴

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1.º Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade).⁴⁵

§ 2.º Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3.º do artigo anterior.⁴⁶

35. Extorsão: é uma variante de crime patrimonial muito semelhante ao roubo, pois também implica numa subtração violenta ou com grave ameaça de bens alheios. A diferença concentra-se no fato de a ex-

torsão exigir a participação ativa da vítima *fazendo alguma coisa, tolerando que se faça ou deixando de fazer* algo em virtude da ameaça ou da violência sofrida. Enquanto no roubo o agente atua sem a participação da vítima, na extorsão o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal. Assim, como exemplos: para roubar um carro, o agente aponta o revólver e retira a vítima do seu veículo contra a vontade desta. No caso da extorsão, o autor aponta o revólver para o filho do ofendido, determinando que ele vá buscar o carro na garagem da sua residência, entregando-o em um outro local predeterminado, onde se encontra um comparsa. Nota-se, pois, que na primeira situação o agente toma o veículo da vítima no ato da grave ameaça, sem que haja *ação* específica do ofendido, que simplesmente não resiste. Na segunda hipótese, a própria vítima busca o veículo, entregando-o, sob ameaça, a terceiro. E mais: no roubo a coisa desejada está à mão; na extorsão, a vantagem econômica almejada precisa ser alcançada, dependendo da colaboração da vítima. Sobre a diferença entre roubo e extorsão (embora cuidando da extorsão mediante seqüestro), conferir: STJ: “Os crimes de roubo e de extorsão mediante seqüestro diferenciam-se porque, no segundo, exige-se a participação ativa da vítima, que deve fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa; destarte, a conduta admitida pelo próprio impetrante/paciente de restringir a liberdade da vítima e obrigá-la a fornecer o cartão do banco e a respectiva senha, para obtenção de vantagem ilícita exigida como condição para a sua libertação, caracteriza o crime de extorsão mediante seqüestro e não roubo” (HC 86.127-RJ, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.02.2008, v. u.).

36. Análise do núcleo do tipo: constranger significa tolher a liberdade, forçando

alguém a fazer alguma coisa. É justamente a diferença do roubo, cujo núcleo é *subtrair*, demonstrando que o agente prescinde da colaboração da vítima, pois tem o bem ao seu alcance.

37. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa.

38. Violência ou grave ameaça: ver comentários ao art. 157.

39. Elemento subjetivo: pune-se a extorsão quando houver dolo. Inexiste a forma culposa. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico ou o dolo específico, consistente na expressão “com o intuito de obter...”.

40. Indevida vantagem econômica: o termo “indevida” demonstra a presença de um elemento normativo do tipo, de forma que, caso a vantagem exigida seja legítima, pode o agente responder por outro delito, como o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345, CP). A vantagem econômica demonstra, nitidamente, ser um crime patrimonial.

41. Consumação: em que pese defendermos ser a extorsão um crime formal (não exige o resultado naturalístico consistente na redução do patrimônio da vítima), ainda há alguns aspectos a considerar no tocante ao momento consumativo. Ocorre que há, fundamentalmente, três estágios para o cometimento da extorsão: 1.º) o agente constrange a vítima, valendo-se de violência ou grave ameaça; 2.º) a vítima age, por conta disso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa; 3.º) o agente obtém a vantagem econômica almejada. Este último estágio é apenas configurador do seu objetivo (“com o intuito de...”), não sendo necessário estar presente para concretizar a extorsão. Entretanto, o

simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo. Sobre o tema, conferir a Súmula 96 do STJ: “O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

42. Condutas da vítima: *fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer* alguma coisa é precisamente a colaboração do ofendido para a configuração do crime de extorsão. É natural deduzir que somente tenha havido concordância porque existiu violência ou grave ameaça, embora seja indispensável que a vítima, de alguma forma, aquiesça ao propósito do autor.

43. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a violência ou a grave ameaça; os objetos jurídicos são o patrimônio da vítima, bem como a sua integridade física e a sua liberdade.

44. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico necessário, configurando-se com o constrangimento imposto à vítima). Em contrário, sustentando ser delito material: “A extorsão é delito material, que exige a produção de resultado, portanto, se houve a interrupção do *iter criminis*, traduzida pela não obtenção do proveito econômico, caracteriza-se somente a tentativa, mesmo que a grave ameaça exercida tenha sido apta a provocar temor na vítima” (TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 1.167.703/0-Sorocaba, 10.ª C., rel. Ary Casagrande, 10.11.1999, v. u.); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“constranger” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por

omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

45. Causas de aumento de pena: ver comentários ao art. 157, § 2.º.

46. Crime qualificado pelo resultado lesão grave ou morte: ver comentários ao art. 157, § 3.º.

Extorsão mediante seqüestro

Art. 159. Seqüestrar⁴⁷ pessoa⁴⁸ com o fim de obter,⁴⁹ para si ou para outrem,⁵⁰ qualquer vantagem,⁵¹ como condição⁵² ou preço⁵³ do resgate;⁵⁴⁻⁵⁵

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1.º Se o seqüestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas,⁵⁶⁻⁵⁷ se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito)⁵⁸ ou maior de 60 (sessenta) anos,^{58-A} ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha:⁵⁹

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.

§ 2.º Se do fato⁶⁰ resulta lesão corporal de natureza grave:⁶¹

Pena – reclusão, de 16 (dezesesseis) a 24 (vinte e quatro) anos.

§ 3.º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.^{61-A}

§ 4.º Se o crime⁶² é cometido em concurso,⁶³ o concorrente que o denunciar à autoridade,⁶⁴ facilitando a libertação do seqüestrado,⁶⁵ terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

47. Análise do núcleo do tipo: seqüestrar significa tirar a liberdade, isolar, reter a pessoa. Tal fato constitui crime autônomo (art. 148, CP), quando a finalidade do agente é, realmente, insular a vítima. Entretanto, havendo finalidade específica, consistente na obtenção de vantagem patrimonial, torna-se uma modalidade de extorsão.

48. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa.

49. Elemento subjetivo: é o dolo, que deve abranger os elementos objetivos do tipo. Não há a forma culposa. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico – “com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. É o dolo específico na doutrina tradicional.

50. Consumação: tratando-se de crime formal, pune-se a mera atividade de seqüestrar pessoa, tendo a finalidade de obter resgate. Assim, embora o agente não consiga a vantagem almejada, o delito está consumado quando a liberdade da vítima é cerceada. Por outro lado, convém destacar que o crime de extorsão mediante seqüestro está consumado, do mesmo modo, ainda que o agente, privando a liberdade da vítima, *com a intenção de pleitear resgate*, não tenha tempo para fazê-lo. Imagine-se que tenha sido preso *antes* de concretizar a exigência para a libertação da vítima, porém fique, claramente, demonstrado, nos autos da investigação ou do processo, ter sido essa a sua intenção quando agiu contra o ofendido: o delito está finalizado, não se cuidando de mera tentativa. Conferir: STJ: “Cuidando-se de crime formal, seqüestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula 96/STJ). Ordem denegada, em consonância

com o parecer ministerial” (HC 86.127-RJ, 5.^a T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.02.2008, v. u.).

51. Vantagem: há duas posições: *a)* tendo em vista que o tipo penal menciona *qualquer* vantagem, não importa seja ela econômica ou não, devida ou indevida; *b)* levando-se em conta que o tipo penal é uma extorsão cometida através de um seqüestro, estando no contexto dos crimes patrimoniais, ela deve ser econômica. Preferimos esta última corrente, pois o crime do art. 159 tem o mesmo *nomen juris* do anterior, ou seja, extorsão, que é nitidamente patrimonial, não só porque fala em obtenção de *vantagem econômica*, mas também porque é crime contra o patrimônio. Ora, a extorsão mediante seqüestro é a maneira de se obter a vantagem econômica, valendo-se da privação da liberdade de uma pessoa. O resgate tem um preço, que necessita da conotação patrimonial. Não vemos sentido algum em incluir um crime cujo resultado visado pode ser ofensivo a outros bens jurídicos, que não o patrimônio, neste cenário. Se o legislador olvidou, no tipo penal, a palavra “econômica”, para designar a vantagem – erros, aliás, são bastante comuns na elaboração de leis –, não quer isso dizer que o intérprete deva ficar circunscrito à literalidade da norma. Ademais, para extrair o real significado e o alcance do tipo penal incriminador, deve-se, sempre, promover o seu confronto com os demais tipos que fazem parte do mesmo capítulo onde está situado no Código Penal. Por isso, cremos que a extorsão mediante seqüestro não passa de uma extorsão, cujo objetivo é uma vantagem econômica, praticada por meio particularizado, que é a privação da liberdade da vítima. Assim também a posição de Magalhães Noronha: “O Código fala em *qualquer* vantagem, não podendo o adjetivo referir-se à *natureza* desta, pois ainda

aqui, evidentemente, ela há de ser, como no art. 158, *econômica*, sob pena de não haver razão para o delito ser classificado no presente título” (*Direito penal*, v. 2, p. 279). Por outro lado, acompanhamos a posição majoritária que defende ser necessário ser a vantagem *indevida*, pois, caso seja devida, a pena ficaria extremamente desproporcional. Assim, havendo seqüestro para obtenção de vantagem devida, é mais justo punir por seqüestro em concurso com exercício arbitrário das próprias razões.

52. Condição: é uma obrigação que se impõe à(s) vítima(s) para que possa haver a libertação.

53. Preço: é a recompensa ou o prêmio que proporcionará a libertação.

54. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa privada da sua liberdade, bem como aquela que perde o patrimônio, e o objeto jurídico é tanto o patrimônio quanto a liberdade do indivíduo.

55. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito cujo resultado naturalístico previsto no tipo penal – recebimento do resgate – pode não ocorrer, contentando-se, para a sua configuração, com a conduta de seqüestrar); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“seqüestrar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); permanente (o resultado se prolonga no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa. Trata-se de crime hediondo (Lei 8.072/90).

56. Figura qualificada: as hipóteses do § 1.º constituem qualificadoras, pois são circunstâncias mais graves que servem para aumentar, abstratamente, o mínimo e o máximo previstos para a pena.

57. Duração superior a 24 horas: quando a privação da liberdade da vítima tiver prazo superior a 24 horas, o delito torna-se qualificado, tendo em vista o maior perigo gerado para o ofendido, inclusive à sua saúde, diante do estresse enfrentado.

58. Seqüestro de menor de 18 anos: a proteção é maior às vítimas menores de 18 anos, mais frágeis e ainda em formação da personalidade, que podem sofrer abalos psicológicos gravíssimos pela privação arbitrária da sua liberdade. A Lei 8.072/90, no art. 9.º, no entanto, fixou um aumento de metade da pena quando o ofendido for menor de 14 anos. Esse aumento deve incidir sobre o *caput* e sobre os §§ 1.º, 2.º e 3.º, embora seja incabível a aplicação dúplice do aumento quando se tratar de menor de 18 anos, que também seja menor de 14 anos. Portanto, caso a vítima tenha 16 anos, responderá o agente por uma pena variável de 12 a 20 anos. Se possuir 13 anos, deve responder pela pena do delito qualificado (§ 1.º), sem o aumento da metade imposto pela Lei dos Crimes Hediondos – afinal, o *bis in idem* é vedado em direito penal (levar em conta duas vezes a *mesma* circunstância para agravar a pena do réu). Alteramos o nosso entendimento anterior, pois, como expusemos em nossa obra *Individualização da pena*, as qualificadoras devem prevalecer sobre as causas de aumento. Portanto, se há um seqüestrado menor de 14 anos, aplica-se o § 1.º do art. 159 e não a causa de aumento de metade, prevista na Lei 8.072/90. Entretanto, se houver duas circunstâncias qualificadoras diversas (como, por exemplo, a duração do seqüestro ser superior a

24 horas, além de ter sido cometido contra menor contando com apenas 13 anos), deve o magistrado estabelecer a pena entre 12 e 20 anos, gerando uma pena-base compatível com a existência de ambas. Não há *bis in idem*. Lembremos que a existência de mais de uma qualificadora não permite que a faixa de fixação da pena se altere *duas vezes*, razão pela qual, a partir da segunda qualificadora, passa-se a utilizá-la(s) como agravante(s) ou circunstância(s) judicial(judiciais) de elevação da pena.

58-A. Seqüestro de idoso: trata-se de introdução proporcionada pelo Estatuto do Idoso. Não há dúvida que a pessoa maior de 60 anos, pela fragilidade natural de sua situação física e mental, pode sofrer um trauma inigualável se for vítima de um seqüestro. Se o menor de 18 anos, que ainda está formando sua personalidade, pode sofrer abalo psicológico de monta (vide nota anterior), o maior de 60 anos encontra-se na plena maturidade de sua existência, merecendo respeito e tratamento digno. Envelhecer é processo natural da vida, devendo a sociedade zelar para o bem-estar dos idosos, registrando-se o disposto no art. 8.º da Lei 10.741/2003: “O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”.

59. Bando ou quadrilha: valeu-se o tipo penal da figura específica prevista no art. 288 do Código Penal, de forma que é necessária a prova de que mais de três pessoas se associaram com a finalidade de cometer crimes. Não se trata, neste caso, de uma mera associação eventual, pois, se assim fosse, deveria o legislador ter feito constar apenas o “concurso de mais de ... pessoas”.

60. Fato que dá margem ao resultado qualificador: entende-se ser o seqüestro,

pois o núcleo do tipo é “seqüestrar pessoa”, sendo este o fato principal. A meta a ser atingida – obtenção do resgate – não é nem exigível para a consumação do delito. Nota-se, ainda, no § 1.º que o legislador continuou a falar do seqüestro, prevendo questões pertinentes ao prazo de duração, à idade da vítima e à autoria.

61. Forma qualificada pelo resultado: este e o próximo parágrafo constituem figuras pertinentes ao delito agravado pelo resultado. Se do fato resultar lesão corporal grave, a pena eleva-se para reclusão, de 16 a 24 anos; se resultar morte, a pena sofre a elevação para reclusão, de 24 a 30 anos. Diversamente do roubo (art. 157, § 3.º, CP), onde constou “se da *violência* resulta lesão grave ou morte”, neste caso mencionou o tipo penal apenas “se do *fato* resulta lesão grave ou morte”, o que significa, portanto, qualquer espécie de violência (física ou moral). Ex.: se durante um seqüestro, em razão da forte pressão emocional exercida contra a vítima privada de sua liberdade, ela sofre um ataque cardíaco e morre, cuida-se da figura qualificada prevista no art. 159, § 3.º.

61-A. Inconstitucionalidade da pena estabelecida em patamar único: a extorsão mediante seqüestro, com resultado morte, de menor de 14 anos, por exemplo, provoca uma situação bizarra de inconstitucionalidade, pois fixa a pena mínima e máxima para o delito em 30 anos, ferindo o princípio da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, primeira parte, CF). Tal situação ocorre em face do disposto no art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que determina um aumento de metade se a vítima estiver em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal, respeitado o teto de 30 anos. Ora, o seqüestro com morte de menor de 14 anos

exige a pena mínima de 24 anos, acrescida de metade, que resultaria no montante de 36 anos. Porém, o mencionado art. 9.º prevê o teto de 30. Assim fazendo, o mínimo e o máximo coincidem em 30 anos de reclusão, o que não permite nenhum tipo de individualização, padecendo a hipótese de inconstitucionalidade. Uma das soluções práticas seria o magistrado não aplicar o aumento de metade e individualizar a pena, nesse caso, entre 24 e 30 anos, como faria em qualquer outra situação.

62. Delação premiada: a Lei 8.072/90, que instituiu os crimes hediondos, houve por bem criar, no Brasil, a delação premiada, que significa a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar o(s) comparsa(s). É o “dedurismo” oficializado, que, apesar de moralmente criticável, deve ser incentivado em face do aumento contínuo do crime organizado. É um mal necessário, pois trata-se da forma mais eficaz de se quebrar a espinha dorsal das quadrilhas, permitindo que um de seus membros possa se arrepender, entregando a atividade dos demais e proporcionando ao Estado resultados positivos no combate à criminalidade. Consultar, também, os arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99, que possui disposições aplicáveis, conforme o caso, à extorsão mediante seqüestro.

63. Requisito do concurso de agentes: para a delação produzir a redução da pena do réu é necessário que o delito tenha sido cometido por, pelo menos, duas pessoas, já que se fala em “concurso” e “concorrente”. Logo, seja o denunciante co-autor ou partícipe, poderá usufruir do benefício.

64. Autoridade: qualquer autoridade capaz de levar o caso à solução almejada, causando a libertação da vítima (delegado, juiz, promotor, entre outros).

65. Liberação do seqüestrado: observa-se ser requisito fundamental ocorrer a liberação da pessoa seqüestrada. Sem esta, não há aplicação do prêmio para a delação, que, no caso presente, não se liga unicamente à identificação e prisão dos responsáveis pelo crime. Por outro lado, é indispensável que a informação prestada pelo agente delator seja útil para a referida liberação (vide o emprego do verbo “facilitando”). Se a liberação for conseguida por outros meios, sem o uso da informação prestada pelo denunciante, não se aplica a redução da pena. Confira-se: STJ: “Após receber a notícia do fato, os policiais diligenciaram no sentido de localizar onde os saques haviam sido efetuados, dirigindo-se a outra cidade, onde encontraram os suspeitos. O paciente apenas forneceu o número de telefone de seu comparsa. Foi o policial Carlos Alberto quem negociou a liberação da vítima. O paciente em nenhum momento facilitou a resolução do crime e sequer influenciou na soltura da vítima. Não se visualiza aqui a possibilidade de aplicar-se o benefício da delação premiada” (HC 107.916-RJ, 6.^a T., rel. Og Fernandes, 07.10.2008, v. u.).

Extorsão indireta

Art. 160. Exigir ou receber,⁶⁶ como garantia de dívida,⁶⁷⁻⁶⁸ abusando da situação de alguém,⁶⁹ documento⁷⁰ que pode dar causa⁷¹ a procedimento criminal⁷² contra a vítima⁷³ ou contra terceiro:⁷⁴⁻⁷⁵

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

66. Análise do núcleo do tipo: *exigir* significa ordenar ou reclamar, enquanto *receber* quer dizer aceitar ou acolher. Portanto, a extorsão indireta ocorre quando o agente ordena ou aceita, como garantia de uma dívida, abusando da vítima, um documento passível de gerar um procedi-

mento criminal contra alguém. Imagine-se a situação daquele que, necessitando muito de um empréstimo e pretendendo convencer a pessoa que lhe emprestará a quantia de que irá pagar, entrega, voluntariamente, nas mãos do credor um cheque sem suficiente provisão de fundos. O simples fato de o credor aceitar tal oferta já configura o delito, pois sabe que, no futuro, poderá apresentar o cheque e enquadrar o devedor na figura do estelionato.

67. Garantia de dívida: a dívida existente entre autor e vítima pode ser resultante de contrato, título extrajudicial ou qualquer outra forma de obrigação. É possível que a dívida, conforme a sua constituição, seja ilícita, como a que decorre de um empréstimo a juros exorbitantes.

68. Elemento subjetivo: é o dolo, que envolve, inclusive, a noção de estar abusando da vítima. Não existe a forma culposa. Admite-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de garantir uma dívida. No mesmo sentido: Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 287.

69. Elemento normativo do tipo: *abusar* significa exagerar, usando de modo inconveniente alguma coisa. No caso presente, indica-se, claramente, que o credor, aproveitando-se da situação do devedor – que sempre é de inferioridade pelo simples fato de *dever* –, exige ou recebe algo indevido.

70. Documento que proporciona procedimento criminal: são documentos, segundo o disposto no Código de Processo Penal, “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (art. 232). Os relevantes para a composição deste tipo penal são aqueles que podem proporcionar a instauração de uma ação penal ou inquérito policial contra alguém, como o cheque

sem fundos, a duplicata fria, a confissão da prática de um delito etc.

71. Potencialidade lesiva do documento: não se exige que o documento efetivamente cause a instauração de uma ação penal ou de um inquérito policial contra a vítima, mas simplesmente que possa provocar esse resultado.

72. Procedimento criminal: ao mencionar singelamente *procedimento criminal*, o tipo penal sinalizou tanto para a ação penal quanto para o inquérito policial, um de natureza jurisdicional e o outro de natureza administrativa. É natural supor, no entanto, que, em última análise, pensou-se na hipótese da ação penal, pois o inquérito é meramente preparatório desta.

73. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o credor de uma dívida, enquanto o sujeito passivo é o devedor, que entrega o documento ao agente, ou terceira pessoa que pode ser prejudicada pela apresentação do documento às autoridades. Note-se que o tipo penal refere-se a “vítima”, demonstrando, com nitidez, ser o devedor, que entregou peça importante para sua segurança nas mãos do algoz.

74. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento que sofre a conduta criminosa, finalidade maior do autor; o objeto jurídico é tanto o patrimônio, quanto a liberdade da vítima.

75. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial – no caso presente, é o credor da dívida); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a vítima, seja pela diminuição do seu patrimônio, seja pelo perigo de sofrer um procedimento criminal); de forma vinculada (o tipo penal impõe

o modo pelo qual a extorsão é praticada: exigindo-se ou recebendo-se documento); comissivo (“exigir” ou “receber” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa. Há quem defenda que na forma “exigir” o crime é formal e na forma “receber” é material, embora, com a devida vênia, não concordemos com tal posição. O crime é sempre formal. O resultado naturalístico previsto no tipo penal, que não se exige seja atingido, não é o mero recebimento do documento, mas sim a possibilidade de dar causa à instauração de um procedimento criminal. Assim, em ambas as formas o delito é formal.

Capítulo III DA USURPAÇÃO¹

1. Proteção constitucional: este capítulo protege o patrimônio no que concerne aos bens imóveis, como regra, de forma que também encontra respaldo na Constituição Federal, no art. 5.º, *caput* (todos têm direito à propriedade). Na impossibilidade real de se *furtar* um imóvel, que não é sujeito a remoção, nem tampouco foge totalmente à esfera de vigilância da vítima, utilizou-se o termo *usurpação*, significativo da conduta de quem adquire alguma coisa com fraude ou indevidamente. Assim, aplica-se a usurpação ao contexto dos bens imóveis, exceto no tocante ao delito previsto no art. 162, que cuida de gado ou rebanho. Aliás, o ideal seria deslocar o disposto neste artigo para outro capítulo, reservando este exclusivamente para os imóveis.

Alteração de limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar²⁻³ tapume,⁴ marco⁵ ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória,⁶ para apropriar-se,⁷ no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia.⁸⁻⁹

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

Usurpação de águas

I – desvia ou represa,¹⁰⁻¹¹ em proveito próprio ou de outrem,¹² águas alheias;¹³⁻¹⁵

Esublho possessório¹⁶

II – invade,¹⁷⁻¹⁹ com violência a pessoa ou grave ameaça,²⁰ ou mediante concurso de mais de duas pessoas,²¹ terreno ou edifício²² alheio,²³ para o fim de esbulho possessório.²⁴⁻²⁵

§ 2.º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.²⁶

§ 3.º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.²⁷

2. Análise do núcleo do tipo: *suprimir* significa eliminar ou fazer desaparecer e *deslocar* quer dizer mudar do local onde se encontrava originalmente. O delito tem em vista punir a conduta daquele que se apropria de bem imóvel alheio eliminando ou mudando o local de marcas divisórias.

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o dono do imóvel ao lado daquele que terá a linha divisória alterada; o sujeito passivo é o proprietário do imóvel que teve a linha divisória modificada.

4. Tapume: é uma cerca ou uma vedação feita com tábuas ou outro material, utilizada, sobretudo, para separar propriedades imóveis.

5. Marco: é qualquer tipo de sinal demarcatório, natural ou artificial. Nas palavras de Hungria, é “toda coisa corpórea (pedras, piquetes, postes, árvores, tocos de madeira, padrões etc.) que, artificialmente colocada ou naturalmente existente em *pontos* da linha divisória de imóveis, serve, também, ao fim de atestá-la *permanentemente* (ainda que não *perpetuamente*)” (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 86).

6. Sinal indicativo de linha divisória: *sinal* é qualquer símbolo ou expediente destinado a servir de advertência ou reconhecimento. Quando inserido no contexto da linha divisória, quer dizer um símbolo objetivando demonstrar a fronteira existente entre bens imóveis.

7. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há, no entanto, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente em suprimir ou deslocar o sinal da linha divisória *com a finalidade de apropriar-se da coisa alheia imóvel*.

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é o imóvel que teve suas metragens alteradas; o objeto jurídico é o patrimônio.

9. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige a produção do resultado naturalístico previsto no tipo penal, consistente na apropriação de coisa alheia imóvel); de forma vinculada (pode ser cometido através das formas previstas no tipo); comissivo (“suprimir” e “deslocar” implicam em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser

praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

10. Análise do núcleo do tipo: *desviar* significa mudar a direção ou o destino de algo e *represar* quer dizer deter o curso das águas. A pena deste delito é muito menor do que a prevista para o furto, o que não deixa de ser incongruente. Se o agente subtrai uma caixa contendo uma dúzia de garrafas de água mineral comete furto, mas se desvia o curso de um rio, prejudicando a vítima, tem uma punição bem mais leve. A explicação plausível para tal situação é a possibilidade de recuperação do patrimônio pelo ofendido, situação mais fácil de ocorrer neste caso do que no furto. Tendo em vista que, no delito de usurpação de águas, trata-se de coisa imóvel, a sua localização e recuperação são facilitadas, ao passo que, no furto, há menor possibilidade de encontrar a *res furtiva*.

11. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa; o passivo é o proprietário de algum leito ou curso de água.

12. Elemento subjetivo: é o dolo, acrescido do elemento subjetivo do tipo específico (tradicionalmente conhecido por dolo específico), consistente em agir “em proveito próprio ou de outrem”. Não há forma culposa.

13. Objetos material e jurídico: o objeto material é a água alheia; o jurídico é o patrimônio.

14. Elemento normativo do tipo: *alheias*, como ocorre no furto, é o elemento normativo, de valoração jurídica, pois fornece a conotação de coisa não pertencente ao agente, mas a terceiro. Não é, pois, qualquer “água” que pode ser objeto material deste delito, e, sim, a pertencente a uma pessoa

determinada. Sobre o tema relativo às águas e sua propriedade, consultar os arts. 1.288 a 1.296 do Código Civil e o art. 8.º do Decreto 24.643/34.

15. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige o resultado naturalístico, consistente na efetiva diminuição do patrimônio da vítima e proveito do agente); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

16. Esbulho possessório: *esbulhar* é privar alguém de alguma coisa, indevidamente, valendo-se de fraude ou violência. No caso presente, tem por fim o tipo penal punir aquele que toma a posse de um imóvel de outra pessoa.

17. Análise do núcleo do tipo: *invadir*, neste contexto, significa entrar à força, visando à dominação.

18. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa; o passivo é a pessoa que detém a posse de um imóvel.

19. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acompanhado da finalidade específica de agir (“para o fim de esbulho possessório”), que é o elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico para a doutrina tradicional). Não existe a forma culposa. Note-se que a intenção de “turbar a posse” não possibilita a concretização do tipo penal.

Conferir: TJSP: “A invasão de propriedades rurais com a finalidade, ou sob o pretexto, de pressionar as autoridades a dinamizar a reforma agrária, expediente que tangencia a guerra revolucionária, perturba a ordem pública e importa em ilícito civil, mas não configura o delito de esbulho possessório, porque ausente o elemento subjetivo do tipo” (Ap. 272.550-3-Andradina, 5.^a C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v. u., *JUBI* 54/01).

20. Violência ou grave ameaça a pessoa: melhor seria esta redação (violência ou grave ameaça a pessoa), em lugar da escolhida pelo tipo penal, que menciona “violência a pessoa” e “grave ameaça”, como se esta última pudesse ser dirigida a algo que não fosse uma pessoa. O esbulho configura-se quando a invasão a um imóvel ocorre com violência física desferida contra uma pessoa ou quando houver grave ameaça.

21. Concurso de mais de duas pessoas: não se trata de uma circunstância qualificadora ou agravante, mas inerente ao próprio tipo básico. No caso presente, somente se configura o esbulho possessório quando o agente ingressa no imóvel à força ou valendo-se do concurso de *mais de duas pessoas*, o que, na prática, significa, também, uma invasão forçada. É muito mais difícil para o possuidor resistir ao ingresso de três ou mais pessoas do que quando o invasor é um só. Quanto ao *número mínimo* de agentes para configurar o crime de esbulho possessório, há duas posições: *a)* é preciso, pelo menos, quatro pessoas – aquele que invade, acompanhado de mais de duas pessoas. Ensina Noronha ser tal interpretação *inquestionável* (*Direito penal*, v. 2, p. 304); *b)* é necessária a existência de, pelo menos, três pessoas. Hungria demonstra que a circunstância modal de execução é a mesma que há no roubo especialmente agravado (concurso de agentes), com a única

diferença de, neste caso, exigirem-se pelo menos três pessoas (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 92-93). Reconhecemos que a doutrina majoritária inclina-se pela primeira tese, embora prefiramos acompanhar Hungria. O tipo penal insere-se no contexto dos crimes contra o patrimônio, tanto quanto o furto e o roubo. Nesses dois casos, agrava-se especialmente a pena – qualificando-se o crime na primeira hipótese (art. 155, § 4.º, IV, CP) e aumentando-se a pena na segunda (art. 157, § 2.º, II, CP) – quando houver o concurso de duas ou mais pessoas. Portanto, o furto ou o roubo cometido por, no mínimo, duas pessoas é mais severamente punido, justamente porque torna-se mais fácil a subtração e mais custosa a resistência da vítima. Ora, no caso do esbulho possessório ocorre o mesmo. Quem invade o terreno acompanhado de outras duas pessoas promove um esbulho mediante o concurso de *mais de duas pessoas*. A regra é idêntica e a interpretação não pode variar. A justificativa aventada para, no caso do esbulho possessório, permitir-se a existência do agente invasor, acompanhado de, no mínimo, três pessoas, com a devida vênia, não convence. Dizer, valendo-se da mera redação, numa suposta interpretação literal, “quem ... invade ... mediante concurso de mais de duas pessoas” significaria a presença do agente principal (“quem”) associado a outras três pessoas (“mais de duas”). Na realidade, a mesma situação não acontece no furto ou no roubo porque, naqueles casos, não se está cuidando de vários crimes num único tipo penal, como ocorre com o esbulho. O furto descreve a forma simples no *caput* e a qualificada no § 4.º, enquanto o roubo faz a construção da forma simples no *caput* e a circunstância de aumento de pena no § 2.º, o que não é a situação do esbulho possessório, um delito previsto no § 1.º, inciso II, do crime de alteração de limites (figura do *caput*). Por estar tratando de três delitos

diferentes (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório), o tipo penal utilizou a fórmula de equiparação, dizendo, no art. 161, § 1.º: “Na mesma pena incorre quem: (...) II – invade (...) mediante concurso de mais de duas pessoas...”. O sujeito (“quem”) ficou valendo para os outros dois delitos (usurpação e esbulho), que possuem a mesma pena do primeiro (alteração de limites). Nessa concepção, o que importa é ter sido o esbulho cometido através do concurso de mais de duas pessoas. No furto e no roubo não foi necessário usar novamente o sujeito (“quem”), porque os §§ 4.º do art. 155 (furto) e 2.º do art. 157 (roubo) continuam a tratar do mesmo crime. Seria mesmo estranho, por exemplo, dizer, no caso do furto: “§ 4.º Incorre na pena de reclusão de 2 a 8 anos e multa quem: (...) IV – mediante o concurso de duas ou mais pessoas”. Haveria o sujeito, mas não teria sentido a construção, por ausência de conduta. Esse o fundamento de ter havido redação diferenciada entre o furto e o roubo em confronto com o esbulho possessório. Não cremos, pois, que isso seja suficiente para aumentar em uma pessoa os agentes necessários para cometer o delito.

22. Terreno ou edifício: *terreno* é a porção de terra sem construção, enquanto *edifício* é a construção feita de alvenaria, madeira ou outro material, que se destina normalmente à ocupação do ser humano, podendo ser um prédio, uma casa ou algo semelhante.

23. Elemento normativo do tipo: *alheio* é o elemento que demonstra ser o imóvel pertencente (posse ou propriedade) a outra pessoa.

24. Objetos material e jurídico: o objeto material é tanto o imóvel invadido, quanto a pessoa que sofreu a violência ou a grave ameaça. O objeto jurídico é o pa-

trimônio e também a incolumidade física, bem como a liberdade do indivíduo.

25. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige o resultado naturalístico, consistente na efetiva perda da posse); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“invadir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente, quando este utilizar violência ou grave ameaça) ou plurissubjetivo (quando se valer o agente do concurso de mais duas pessoas, pelo menos); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

26. Concurso com o crime violento: os delitos de alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório, quando praticados com violência (*vis corporalis*) contra a pessoa, devem ser punidos em concurso com o delito correspondente à violência cometida. Assim, por exemplo, esbulho possessório e homicídio. Há três formas de cometimento do esbulho, de modo que duas delas não se somam a outros crimes, enquanto noutra – violência contra a pessoa – exige-se, expressamente, a punição também do delito violento contra alguém.

27. Ação pública incondicionada ou privada: nas três hipóteses (alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório) a ação será pública incondicionada. Entretanto, quando a propriedade, sujeita à alteração dos limites, as águas, objeto de desvio ou represamento, e a propriedade,

sujeita à invasão, forem *privadas*, não tendo o crime sido cometido com *violência*, a ação será privada. O interesse público, portanto, limita-se à propriedade pública ou à forma violenta de cometimento do delito.

Supressão ou alteração de marca em animais

Art. 162. Suprimir ou alterar,²⁸⁻²⁹ indevidamente,³⁰⁻³¹ em gado ou rebanho³² alheio,³³ marca ou sinal indicativo de propriedade;³⁴⁻³⁵

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

28. Análise do núcleo do tipo: *suprimir* significa fazer desaparecer ou eliminar; *alterar* quer dizer transformar ou modificar. Implica na indispensável existência de sinal ou marca previamente colocados nos animais. Se o rebanho não está marcado, aquele que o fizer não responde por esta figura típica.

29. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa, enquanto o passivo é o proprietário das reses.

30. Elemento normativo do tipo: a conduta do agente necessita ser *indevida*, ou seja, ilícita. Se houver modificação da marca de um rebanho porque existe autorização judicial ou alteração de propriedade, é natural que o tipo penal não se configure.

31. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa. Inexiste elemento subjetivo do tipo específico. O elemento normativo “indevidamente” deve ser abrangido pelo dolo, não significando um elemento subjetivo específico.

32. Objetos material e jurídico: o objeto material do crime é o gado ou o rebanho. *Gado* e *rebanho* são sinônimos, embora, no tipo, estejam significando co-

letivos diferenciados. Enquanto gado serve para animais de grande porte, rebanho fica reservado para os de pequeno ou médio porte. O objeto jurídico é o patrimônio. Ressalte-se que o crime somente se configura se a alteração ou supressão abranger mais de um animal, pois o objeto material é coletivo.

33. Elemento normativo do tipo: *alheio* significa um demonstrativo de que a propriedade ou a posse dos animais pertence a sujeito determinando, que não é o agente.

34. Marca ou sinal indicativo de propriedade: *marca* é um desenho, um emblema ou um escrito qualquer que serve para identificar alguma coisa ou algum trabalho; *sinal* é o expediente usado, através de meios visíveis ou auditivos, para dar alerta sobre alguma coisa. No caso deste tipo penal, existe ainda um complemento “indicativo de propriedade”, significando, pois, que a marca ou o sinal tem por finalidade avisar aos que tomarem contato com o gado ou com o rebanho de que se trata de propriedade de alguém determinado.

35. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“suprimir” e “alterar” implicam em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Capítulo IV DO DANO

Dano¹

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar²⁻⁴ coisa⁵ alheia:⁶⁻⁸

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Dano qualificado

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

I – com violência à pessoa ou grave ameaça;⁹

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva,¹⁰ se o fato não constitui crime mais grave;

III – contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;¹¹⁻¹²

IV – por motivo egoístico¹³ ou com prejuízo considerável para a vítima;¹⁴

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

1. Dano e proteção constitucional: é o prejuízo material ou moral causado a alguém por conta da deterioração ou estrago de seus bens. A Constituição Federal expressamente dá proteção ao indivíduo que sofre o dano, ao preceituar que é assegurada a indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5.º, V). Nesse contexto, entretanto, é o dano referente à pessoa, não à coisa. O Código Penal, por sua vez, cuidando da proteção ao patrimônio – bem constitucionalmente protegido também –, tipificou a conduta de quem destrói, inutiliza ou deteriora coisa alheia.

2. Análise do núcleo do tipo: *destruir* quer dizer arruinar, extinguir ou eliminar; *inutilizar* significa tornar inútil ou

imprestável alguma coisa aos fins para os quais se destina; *deteriorar* é a conduta de quem estraga ou corrompe alguma coisa parcialmente. Quem desaparece com coisa alheia, lamentavelmente, não pratica crime algum. Aliamo-nos à doutrina majoritária no sentido de que *desaparecer* não significa destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia, tendo havido uma falha na lei penal. Por furto também não há razão para punir o agente, tendo em vista que não houve o ânimo de apropriação. Assim, aquele que faz sumir coisa de seu desafeto, somente para que este fique desesperado a sua procura, responderá civilmente pelo seu ato.

3. Sujeitos ativo e passivo: tanto o ativo, quanto o passivo podem ser qualquer pessoa.

4. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há forma culposa, nem se exige qualquer elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico). O simples fato de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia implica em vontade de causar prejuízo, logo, abrangido pelo dolo.

5. Conceito de coisa: é tudo aquilo que existe, podendo tratar-se de objetos inanimados ou de semoventes. No contexto dos delitos contra o patrimônio (conjunto de bens suscetíveis de apreciação econômica), cremos ser imprescindível que a coisa tenha, para seu dono ou possuidor, algum valor econômico. Por isso, é razoável o entendimento daqueles que sustentam ser possível a configuração do crime de dano quando houver pichação de propriedade alheia, uma vez que isso significa a “deterioração” do bem, que fatalmente necessitará ser recuperado, causando prejuízo ao seu dono.

6. Elemento normativo do tipo: *alheia* quer dizer pertencente a outra pessoa (posse ou propriedade) que não é o agente.

7. Objetos material e jurídico: o material é a coisa que sofre a conduta criminosa do agente; o objeto jurídico é o patrimônio.

8. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

9. Violência ou grave ameaça à pessoa: a forma correta de redação deveria ser esta (violência ou grave ameaça à pessoa), e não como consta no tipo (violência à pessoa e grave ameaça), já que ambas as circunstâncias são dirigidas à pessoa humana. Trata-se da violência física ou da ameaça séria voltada contra a pessoa, e não contra a coisa, pois a destruição, inutilização ou deterioração, previstas no *caput*, já abrangem violência contra a coisa.

10. Emprego de substância inflamável ou explosiva: a utilização de material que se converte em chamas com facilidade ou de material provocador de explosão pode qualificar o dano, *se não se constituir em crime mais grave*. Esta é a natureza nitidamente subsidiária da qualificadora. Assim, se alguém explodir o veículo da vítima em um descampado, longe de outras pessoas,

comete dano qualificado. Entretanto, se o fizer em zona urbana, colocando em risco a segurança alheia, comete outro delito mais grave (explosão – art. 251, CP).

11. Patrimônio público: quem danifica bem público deve responder mais gravemente, pois o prejuízo é coletivo, e não individual. Logo, mais pessoas são atingidas pela conduta criminosa. Na lição de Magalhães Noronha, “à expressão *patrimônio*, usada no dispositivo, não se pode dar o sentido restrito do inciso III do art. 66 do Código Civil [atual art. 99, III]. Se assim fosse, excluir-se-iam do gravame bens como as ruas, praças e edifícios, que são de uso comum do povo e de uso especial, para os quais, entretanto, milita a mesma razão de maior tutela. O vocábulo *patrimônio* tem, portanto, acepção ampla, abrangendo não só os *dominiais* como os de *uso comum do povo* e os de *uso especial* (CC, art. 66, I e II) [atual art. 99, I e II]” (*Direito penal*, v. 2, p. 320).

12. Preso que danifica a cadeia para fugir: entendemos que deve responder por crime de dano qualificado, pois não se exige, no tipo penal, qualquer elemento subjetivo específico, consistente na *intenção de causar prejuízo*. Logo, se destruir ou deteriorar a cela para escapar, merece responder pelo que fez. Em contrário: STJ: “Não configura o crime de dano a conduta do preso que destrói, inutiliza ou deteriora os obstáculos materiais à consecução da fuga, porque ausente o elemento subjetivo do injusto, o fim especial de agir, ou seja, o propósito de causar prejuízo ao titular do objeto material do crime – *animus nocendi*” (HC 25.657-SP, 6.ª T., rel. Paulo Medina, 04.12.2003, v. u., *Bol. AASP* 2.422).

13. Motivo egoístico: é um particular motivo torpe o egoísmo. Quem danifica patrimônio alheio somente para satisfazer

um capricho ou incentivar um desejo de vingança ou ódio pela vítima deve responder mais gravemente pelo que faz. Ex.: o agente destrói a motocicleta do colega de classe somente para ser o único da sua turma a ter aquele tipo de veículo. Há quem sustente que um mero “sentimento pessoal de vingança” não serve para qualificar o delito, havendo necessidade de existir um objetivo posterior de ordem econômica, com o que não concordamos. A motivação *egoística* liga-se exclusivamente ao excessivo amor-próprio do agente, ainda que ele não possua interesse econômico envolvido.

14. Prejuízo considerável para a vítima: quando o crime de dano provoca na vítima um prejuízo de elevado custo, sendo esta a intenção do agente, é preciso puni-lo mais gravemente. Assim, por exemplo, é a conduta daquele que destrói a casa do inimigo, causando-lhe imenso transtorno e vultosa diminuição patrimonial.

Introdução ou abandono de animais em propriedade alheia

Art. 164. Introduzir ou deixar¹⁵⁻¹⁶ animais¹⁷ em propriedade alheia,¹⁸ sem consentimento de quem de direito,¹⁹⁻²⁰ desde que do fato resulte prejuízo:²¹⁻²²

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa.

15. Análise do núcleo do tipo: *introduzir* significa fazer entrar e *deixar*, nesse contexto, quer dizer largar ou soltar.

16. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o passivo necessita ser o proprietário do lugar onde os animais foram introduzidos.

17. Animais: entendemos que a menção feita no tipo penal (*animais*, no plural) quer dizer apenas o gênero daquilo que não

deve ser introduzido ou largado em propriedade alheia, sob pena de se constituir delito. Assim, quis o tipo penal mencionar que qualquer animal pode ser componente da conduta do agente, valendo-se do gênero: “animais”. Se o sujeito deixar um único cavalo pastando em propriedade alheia, é isso suficiente para configurar o tipo penal. Alguns autores argumentam que um único animal não seria suficiente para causar prejuízo ao patrimônio alheio, o que se pode objetar tendo em vista que somente a situação concreta poderia dizer se a afirmativa é verdadeira. Um cavalo, como se disse, numa pequenina propriedade, pode causar imenso estrago num jardim. Por outro lado, dois pôneis colocados num imenso pasto podem não provocar dano algum. Enfim, o prejuízo é exigido pelo próprio tipo, de forma que um ou mais animais podem ser capazes de causá-lo.

18. Elemento normativo do tipo: *alheia* é o demonstrativo de que a propriedade precisa pertencer a outra pessoa que não o agente.

19. Elemento normativo do tipo (“sem consentimento de quem de direito”): trata-se de outro elemento a indicar o ilícito. Não somente a propriedade deve pertencer a outra pessoa, mas também não pode ter havido qualquer tipo de autorização para a introdução ou abandono de animal dentro dela. Ao mencionar “quem de direito” está o tipo penal prevendo a possibilidade de alguém, que não é o proprietário – sujeito passivo do crime –, conceder a permissão para a conduta do agente. Portanto, o administrador da fazenda pode permitir que o gado do vizinho ingresse no pasto por alguns dias. Mesmo não sendo o proprietário, tem possibilidade jurídica de dar o consentimento para que tal ocorra. Tal postura afasta a tipicidade do crime

– e não a ilicitude –, pois o consentimento foi introduzido na descrição abstrata da conduta proibida.

20. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

21. Objetos material e jurídico: o objeto material é a propriedade onde os animais foram introduzidos; o jurídico é o patrimônio.

22. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo (“introduzir” implica em ação e “deixar”, em omissão) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo, na forma “introduzir”) ou permanente (cuja consumação se arrasta no tempo, na forma “deixar”); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); não admite tentativa, por ser crime *condicionado* – só há conduta punível se o fato trazer prejuízo.

Dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico

Art. 165. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa tombada pela autoridade competente em virtude de valor artístico, arqueológico ou histórico:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.²³⁻³²

23-32. Revogação deste tipo penal pelo art. 62 da Lei 9.605/98: preceitua o art. 62 o seguinte: “Destruir, inutilizar ou deteriorar: I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime for culposos, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, sem prejuízo da multa”. Ver os comentários ao mencionado art. 62 da Lei 9.605/98 em nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

Alteração de local especialmente protegido

Art. 166. Alterar,³³⁻³⁴ sem licença da autoridade competente,³⁵⁻³⁶ o aspecto de local³⁷ especialmente protegido por lei:³⁸⁻³⁹

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

33. Análise do núcleo do tipo: *alterar* significa modificar ou transformar. Há lei especial que revogou, tacitamente, este delito, por disciplinar integralmente a matéria. Ver art. 63 da Lei 9.605/98: “Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”. Os comentários feitos a este tipo penal são aplicáveis à legislação especial no que for pertinente.

34. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo; o Estado é o

sujeito passivo, em primeiro plano; secundariamente, é o proprietário (que também pode ser o Estado).

35. Sem licença da autoridade competente: é o elemento normativo que cuida da ilicitude, trazido para dentro do tipo penal. Na nova lei, fala-se ainda em proceder em “desacordo com a autorização concedida”.

36. Elemento subjetivo: é o dolo, não existindo elemento subjetivo do tipo específico, nem a forma culposa.

37. Local: é um lugar que tenha valor especial para o Estado. Não se deve confundir com “coisa”, objeto de proteção do artigo anterior.

38. Objetos material e jurídico: o objeto material é o local protegido por lei, que sofreu a conduta criminosa; o jurídico é o patrimônio histórico, cultural, ecológico, paisagístico, turístico, artístico, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental do Estado.

39. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no prejuízo ao patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“alterar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Ação penal

Art. 167. Nos casos do art. 163, do n. IV do seu parágrafo e do art. 164, somente se procede mediante queixa.⁴⁰

40. Casos de ação penal privada: cuida-se das hipóteses do dano simples (art. 163), do dano qualificado pelo motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (art. 163, parágrafo único, IV) e da introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164).

Capítulo V

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Apropriação indébita

Art. 168. Apropriar-se^{1-3-A} de coisa alheia móvel,⁴ de que tem a posse ou a detenção:⁵⁻⁷

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço), quando o agente recebeu a coisa:⁸

I – em depósito necessário;⁹

II – na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;¹⁰

III – em razão de ofício, emprego ou profissão.^{11-11-A}

1. Análise do núcleo do tipo: *apropriar-se* significa apossar-se ou tomar como sua coisa que pertence a outra pessoa. cremos que a intenção é proteger tanto a propriedade, quanto a posse, conforme o caso.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é a pessoa que tem a posse ou a de-

tenção de coisa alheia; o sujeito passivo é o senhor da coisa dada ao sujeito ativo.

3. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Entendemos não haver, também, elemento subjetivo do tipo específico. A vontade específica de pretender apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa está ínsita no verbo “apropriar-se”. Portanto, incidindo o dolo sobre o núcleo do tipo, é isso suficiente para configurar o crime de apropriação indébita. Além disso, é preciso destacar que o dolo é sempre atual, ou seja, ocorre no momento da conduta “apropriar-se”, inexistindo a figura por alguns apregoada do “dolo subseqüente”. Imagine-se que alguém receba uma jóia para guardar e usar, enquanto o proprietário dela não se utiliza. Somente ocorrerá o delito de apropriação indébita no momento em que o dono pedir de volta a jóia e o possuidor resolver dela apropriar-se, não mais devolvendo o que recebeu em confiança.

3-A. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa alheia móvel; o objeto jurídico é o patrimônio.

4. Conceito de coisa alheia móvel: ver comentários ao art. 155. A única cautela que se deve ter neste caso é quanto à coisa fungível (substituível por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade), uma vez que não pode haver apropriação quando ela for dada em empréstimo ou em depósito. Está-se, nessa situação, transferindo o domínio. Ex.: se A entrega a B uma quantia em dinheiro para que guarde por algum tempo, ainda que B consuma o referido montante, poderá repor com outra quantia, tão logo A a exija de volta. Entretanto, se a quantia for dada para a entrega a terceira pessoa, caso B dela se aposses, naturalmente pode-se falar em apropriação indébita.

5. Posse ou detenção: a coisa precisa ter sido dada ao agente para que dela

usufruisse, tirando alguma vantagem e exercitando a posse direta, ou pode ter sido dada para que fosse utilizada em nome de quem a deu, ou seja, sob instruções ou ordens suas. A posse ou a detenção devem existir previamente ao crime e precisam ser legítimas.

6. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial, no caso o indivíduo que recebeu a coisa em confiança); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo (“apropriar-se” pode implicar em ação ou omissão) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode haver um único ato ou vários atos integrando a conduta); admite tentativa, conforme o meio eleito pelo agente.

7. Reparação do dano: o Código Penal não elegeu a reparação do dano, nos delitos patrimoniais, como causa que pudesse afastar a punibilidade do agente, devendo-se aplicar o art. 16 (arrependimento posterior), que é somente causa de redução da pena, dentro das condições ali especificadas. Entretanto, é lógico que, havendo reparação integral do dano, logo após a negativa de restituição da coisa dada ao agente, é possível excluir o dolo, ou seja, a vontade de se apropriar de coisa alheia. Conforme o caso concreto, portanto, cremos ser curial a análise da tipicidade, verificando-se se, de fato, o sujeito queria se apossar da coisa

alheia. Entretanto, a mera devolução da coisa, antes do recebimento da denúncia, não afasta o crime: STF: “O ressarcimento do dano, após a consumação do crime de apropriação indébita (CP, art. 168) e antes de oferecida a denúncia, não extingue, por falta de previsão legal, a punibilidade. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se pretendia, sob a alegação de falta de justa causa, o trancamento de ação penal proposta contra o paciente pela suposta prática de delito de apropriação indébita, consistente no fato de, na condição de advogado, ter deixado de repassar quantia que recebera, procedente de ação cível, ao detentor da titularidade do direito substancial” (HC 86.649-SP, 1.ª T., rel. Marco Aurélio, 08.11.2005, *Informativo* 408). STJ: “O delito de apropriação indébita não se descaracteriza pela devolução da quantia apropriada indevidamente antes do recebimento da denúncia” (RHC 8.825-MG, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 07.10.1999, v. u., *DJ* 08.11.1999, p. 80).

8. Causas de aumento da pena: não se trata de § 1.º, mas sim de autêntico parágrafo único. Houve, na realidade, um lapso do legislador na enumeração do art. 168. Quando estiver presente alguma dessas causas, deve o agente responder por uma pena mais grave, concretizada através de um aumento de um terço.

9. Depósito necessário: está a demonstrar que o sujeito passivo não tinha outra opção a não ser confiar a coisa ao agente. Por isso, se sua confiança é traída, deve o sujeito ativo responder mais gravemente pelo que fez. Entende, majoritariamente, a doutrina ser “depósito necessário”, para configurar esta causa de aumento, o depósito miserável, previsto no art. 647, II, do Código Civil, ou seja, o depósito que se efetua por ocasião de calamidade (incêndio, inundação, naufrágio ou saque). Nas outras

hipóteses de depósito necessário (arts. 647, I, e 649 do Código Civil), que tratam dos casos de *desempenho de obrigação legal* ou *depósito de bagagens dos viajantes, hóspedes ou fregueses em casas de hospedagem*, resolve-se com outras figuras típicas: peculato (quando for funcionário público o sujeito ativo), apropriação qualificada pela qualidade de depositário judicial ou apropriação qualificada em razão de ofício, emprego ou profissão.

10. Qualidade da pessoa: o tutor, o curador, o síndico, o liquidatário, o inventariante, o testamenteiro e o depositário judicial são pessoas que, em regra, recebem coisas de outrem para guardar consigo, necessariamente, até que seja o momento de devolver. Por isso, devem responder mais gravemente pela apropriação. O rol não pode ser ampliado.

11. Ofício, emprego ou profissão: a apropriação, quando cometida por pessoas que, por conta das suas atividades profissionais de um modo geral, terminam recebendo coisas, através de posse ou detenção, para devolução futura, é mais grave. Por isso, merece o autor pena mais severa. Não vemos necessidade, nesta hipótese, de haver relação de confiança entre o autor e a vítima, pois o tipo penal não a exige – diferentemente do que ocorre no caso do furto qualificado (art. 155, § 4.º, II).

11-A. Apropriação indébita contra idoso: a Lei 10.741/2003 criou a seguinte figura típica, no art. 102: “Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa”. Portanto, havendo apropriação de coisa alheia móvel de pessoa maior de 60 anos, segue-se o disposto na lei especial e não mais o preceituado no art. 168 do Código Penal,

embora a pena seja a mesma. Uma crítica merece ser feita, no entanto. As figuras de aumento de um terço, previstas no § 1.º do art. 168, não mais podem ser utilizadas para o crime contra o idoso. Assim, ilustrando, caso um advogado se aproprie do dinheiro do cliente com mais de 60 anos, a pena será fixada entre 1 e 4 anos de reclusão e multa, mas sem o aumento de crime praticado em razão de ofício, emprego ou profissão, pois forma não prevista no Estatuto do Idoso. No mais, a alteração deu-se no tocante à maior extensão da figura típica da apropriação criada pelo Estatuto do Idoso, que não menciona somente coisa móvel, mas fala genericamente de bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento e não exige que estejam eles na posse ou detenção do autor do crime. É natural que, no tocante ao verbo *apropriar-se* (tomar posse de algo que pertence a outra pessoa), como regra, o objeto do delito esteja na posse ou detenção de quem o retira da esfera de disponibilidade do idoso. Excepcionalmente, pode o agente apossar-se daquilo que não detinha antes, quase equiparando a figura da *apropriação* ao furto. Por outro lado, na modalidade *desviar* (alterar o destino, afastar ou desencaminhar), a figura da lei especial possibilita a configuração do crime ainda que o agente não retenha para si o valor retirado da esfera de disponibilidade do idoso, podendo, por exemplo, encaminhar a terceiro. Consultar, ainda, a modificação ocorrida no art. 183, introduzindo o inciso III, que não mais permite a aplicação da imunidade a parentes que cometam delito patrimonial quando envolver o idoso.

Apropriação indébita previdenciária¹²⁻¹⁴

Art. 168-A. Deixar¹⁵⁻¹⁸ de repassar à previdência social¹⁹ as contribuições²⁰⁻²¹ recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.^{22-25-A}

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher,²⁶⁻²⁸ no prazo legal,²⁹ contribuição ou outra importância³⁰ destinada à previdência social que tenha sido descontada³¹ de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;³²⁻³³

II – recolher³⁴ contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;³⁵⁻³⁷

III – pagar³⁸⁻³⁹ benefício⁴⁰ devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados⁴¹ à empresa pela previdência social.⁴²⁻⁴³

§ 2.º É extinta a punibilidade⁴⁴ se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.^{45-45-A}

§ 3.º É facultado ao juiz deixar de aplicar⁴⁶ a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – tenha promovido,⁴⁷ após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II – o valor das contribuições⁴⁸ devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.⁴⁹

12. Fundamento constitucional: preceitua o art. 194, *caput*, da Constituição Federal que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. E, no art. 195, estabelece que “a seguridade

social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III – sobre a receita de concursos de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar”. Por isso, as figuras típicas incriminadoras estabelecidas pelo art. 168-A, acrescentado pela Lei 9.983/2000, têm por finalidade proteger a fonte de custeio da seguridade social, em especial a previdência social.

13. Conceito de seguridade social e diferença da previdência social: ensina Celso Barroso Leite que “a seguridade social deve ser entendida e conceituada como o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã. A capacidade de pensar é uma das características mais marcantes do homem; e pensar no futuro é uma forma ao mesmo tempo natural e avançada de exercer essa capacidade. (...) As necessidades essenciais de cada indivíduo, a que a sociedade deve atender, tornam-se na realidade necessidades sociais, pois quando não são atendidas repercutem sobre os demais indivíduos e sobre a sociedade

inteira” (apud Wagner Balera, *Curso de direito previdenciário*, p. 20). Há diferença entre seguridade social e previdência social. A primeira é o gênero do qual é espécie a segunda. Explica, ainda, Celso Barroso Leite que “a previdência social é o mais importante dos programas de seguridade social; a tal ponto que essa predominância chega a concorrer para certa confusão entre as duas expressões. Sabe-se igualmente que a previdência social se destina à população economicamente ativa, ou seja, a quem exerce atividade remunerada – no fundo a garantia primeira pelo menos dos recursos essenciais à subsistência. Poderia, então, parecer pouco coerente, para não dizer contraditório, o fato de a seguridade social começar pela parte da população que em tese menos necessita dela. (...) Seja como for, repito, a Constituição caracterizou bem cada coisa e distinguiu o todo das partes e estas uma das outras. Assim, não há como confundir seguridade social e previdência social. Já apontei uma das possíveis causas dessa confusão: a terminologia estrangeira e internacional. Outra, também já mencionada, é a especificidade e o maior porte da previdência social, cujas despesas com o pagamento dos benefícios superam com folga as dos demais programas” (ob. cit., p. 27). A Lei 8.212/91, que continha os crimes previdenciários, utilizava a expressão “seguridade social”, enquanto a atual previsão, trazida pela Lei 9.983/2000, vale-se de “previdência social”. Embora creiamos que deveria ter sido mantida a anterior expressão – seguridade social, que é mais abrangente –, é bem verdade que a contribuição previdenciária diz respeito, diretamente, ao custeio da previdência social, razão pela qual optou o legislador por substituir o gênero pela espécie na redação dos novos tipos penais. Como preleciona Eros Piceli: “A Previdência Social faz parte da Seguridade Social, que compreende ainda

a Saúde e a Assistência Social. Esses dois sistemas não exigem contribuição social, mas a Previdência sim” (*Direito previdenciário e infortunistica*, p. 32).

14. Abrangência do título (*nomen juris*): é válida a rubrica – apropriação indebita previdenciária – para todas as figuras previstas neste artigo: *caput* e § 1.º.

15. Análise do núcleo do tipo: *deixar de repassar* significa não transferir quantia à unidade administrativa cabível. O objeto da conduta omissiva é a contribuição recolhida dos contribuintes.

16. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o substituto tributário, que tem, por lei, o dever de recolher determinada quantia, também legalmente prevista, do contribuinte e repassá-la à previdência social. Há posição que não permite figurar como sujeito ativo representante de pessoa jurídica de direito público. Conferir: TRF-2.ª Região: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito vem dispensando tratamento diversificado, em crimes da mesma natureza que o presente, conforme sejam os ilícitos praticados por representantes de pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público. No primeiro caso, pessoas de direito privado, há, em tese, uma apropriação indevida de valores descontados a título de contribuição social por entidades particulares. No segundo, pessoas de direito público, ainda que os valores descontados não sejam repassados à Autarquia Previdenciária (INSS), não se pode afirmar, propriamente, a apropriação de valores por particulares, haja vista que a natureza pública do órgão arrecadador determina que tais valores permaneçam sob administração e emprego públicos” (Ap. 200051130003310, 5.ª T., rel. Alberto Nogueira, 19.10.2004, v. u.). O sujeito

passivo é o Estado, especificamente o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social).

17. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa. Cremos existir elemento subjetivo do tipo específico, consubstanciado na vontade de fraudar a previdência, apossando-se, indevidamente, de quantias não pertencentes ao agente. Aliás, não foi à toa que o legislador utilizou, para denominar os crimes previstos neste artigo, de *apropriação indebita previdenciária*. É controversa essa posição. O STF tem-se posicionado pela exigência somente do dolo genérico, assim como o TRF das 3.ª e 4.ª Regiões, enquanto o STJ e o TRF da 5.ª Região têm demandado o dolo específico, como demonstra José Paulo Baltazar Júnior (Aspectos penais, in Vladimir Passos de Freitas, *Direito previdenciário Aspectos materiais, processuais e penais*, p. 333-334). Checar: TRF-3.ª Região, Ap. 2002.03.99.009692-6 12632-SP, 2.ª T., rel. Nelton dos Santos, 09.11.2004, v. u. Na doutrina, exigindo apenas o dolo, sem elemento subjetivo específico: Antonio Lopes Monteiro (*Crimes contra a Previdência Social*, p. 37). No sentido que defendemos: TRF-5.ª Região: “É imprescindível à caracterização, tanto do crime de apropriação indebita como das modalidades equiparadas, no caso, a apropriação de contribuições sociais, que o agente tenha agido dolosamente. E mais, que o dolo seja específico, ou seja, o agente tem a intenção de não restituir. No caso, o parcelamento do débito antes mesmo do oferecimento da denúncia, ainda que não seja causa de extinção da punibilidade, deixou evidente que o agente não tinha a intenção de não restituir. O simples atraso no recolhimento das contribuições descontadas, sem que haja intenção manifesta de não as restituir, não configura o delito” (*Lex* 94/641). Melhor analisaremos essa questão na próxima nota.

18. Exigência do elemento subjetivo específico (dolo específico): a polêmica em torno dessa exigência teve início por ocasião da criação do tipo penal incriminador previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91 (ora revogado pela Lei 9.983/2000), que estabeleceu o tipo omissivo próprio consistente em deixar de recolher contribuição devida à Seguridade Social. Primeiramente, pretendeu-se equiparar o referido delito do art. 95, *d*, ao crime de apropriação, previsto no art. 168 do Código Penal. Fazendo-se tal equiparação, seria natural exigir, para a configuração do delito previdenciário, elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico), que é insito à conduta de “apropriar-se”, como se explicou nos comentários formulados ao art. 168 supra. A apropriação significa a pretensão de apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa, o que não era, em tese, exigido no crime previsto no art. 95, *d*. Era a posição adotada por Roque Antônio Carrazza (*apud* Clèmerson Merlin Clève, *Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade*, p. 507). Em oposição, havia a posição daqueles que defendiam a não equiparação da figura criminosa previdenciária à apropriação indébita. Nesse sentido, menciona o Juiz Federal Celso Kipper: “Sendo estruturalmente diferentes os tipos da apropriação indébita e do crime de não recolhimento das contribuições arrecadadas dos segurados, não há equiparação possível entre os dois delitos no tocante às condutas descritas nos tipos penais. O crime de não-recolhimento, na época própria, da contribuição devida à Previdência e arrecadada de terceiros não é, portanto, crime de apropriação. Deste, as leis previdenciárias anteriores à Lei 8.137/90 só haviam aproveitado a pena (equiparação *quoad poenam*). A primeira consequência da estrutura omissiva do tipo do delito de não-recolhimento das contribuições

arrecadadas dos segurados, e da não-equiparação ao crime de apropriação indébita, é a de que não se exige para a consumação do primeiro o *animus rem sibi habendi*, ou seja, o propósito de inverter o título da posse passando a possuir a coisa como se fosse sua, com a deliberada intenção de não restituir, própria da acepção do vocábulo apropriar-se, elemento integrativo do tipo penal do segundo delito. Havendo o desconto dos empregados das quantias relativas à contribuição previdenciária, e a posterior omissão no seu recolhimento aos cofres da Seguridade Social, consuma-se o delito, sem que seja preciso investigar, no *animus* do agente, a intenção de restituir ou não as quantias descontadas. O dolo necessário é o genérico, consistente na intenção de descontar do salário dos empregados as quantias referentes e de deixar de repassá-las à Seguridade Social” (citado por Clèmerson Merlin Clève, *Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade*, p. 505-506). A posição intermediária, com a qual concordamos plenamente, terminou prevalecendo, isto é, não há equiparação entre o crime previdenciário, que prevê uma figura omissiva própria, e a apropriação indébita. Entretanto, não se pode admitir que inexista elemento subjetivo do tipo específico, consistente na especial vontade de se apossar de quantia pertencente ao INSS. Transformar o crime previdenciário num delito de mera conduta, sem qualquer finalidade especial, seria indevido, porque transformaria a lei penal num instrumento de cobrança. Assim, o devedor que, mesmo sem intenção de se apropriar da contribuição, deixasse de recolhê-la a tempo, ao invés de ser executado pelas vias cabíveis, terminaria criminalmente processado e condenado. Haveria nítida inconstitucionalidade da figura típica, pois a Constituição veda prisão civil por dívida,

e o legislador, criando um modelo legal de conduta proibida sem qualquer *animus rem sibi habendi*, estaria buscando a cobrança de uma dívida civil através da ameaça de sancionar penalmente o devedor. Entretanto, demandando-se o dolo específico – a vontade de fraudar a previdência, apossando-se do que não lhe pertence –, deixa de existir mera cobrança de dívida, surgindo o elemento indispensável para configurar o delito previdenciário. É o que defende Hugo de Brito Machado: “A lei ordinária que define como crime o simples inadimplemento de uma dívida, e comina para o que nele incorre pena prisional, conflita com a norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida. Há, na verdade, evidente antinomia entre a norma da Constituição, que proíbe a prisão por dívida, e aquela da lei ordinária, que define como crime o inadimplemento de dívida, para viabilizar, dessa forma, a aplicação da pena prisional ao devedor inadimplente”. Sustenta, então, para contornar a inconstitucionalidade do crime de mera conduta, a exigência do dolo específico (elementar subjetiva) para fazer valer o tipo incriminador, já tendo decidido a esse respeito o TRF, 5.^a Reg., 1.^a T., j. 01.12.1994, *DJU*, Seção I, 10.03.1996 (citado por Clèmerson Merlin Clève, *Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade*, p. 507). No mesmo prisma: Misabel Abreu Machado Derzi, Heloísa Estellita Salomão e Leônidas Ribeiro Scholz (artigo citado, p. 507). Em síntese, pois, exige-se o elemento subjetivo específico para que os tipos penais incriminadores previdenciários, omissivos próprios – seja o do art. 168-A, seja o previsto no § 1.^o, I, que é repetição do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, não padeçam do mal da inconstitucionalidade. Ainda assim, convém mencionar a lição de Clèmerson Merlin Clève, que, não se convencendo da exigência do dolo específico, sustentava a

inconstitucionalidade do mencionado crime previsto no art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, embora não concordemos com a conclusão extraída. Seus argumentos continuam válidos, pois as figuras omissivas foram, com pequenas alterações, repetidas pela Lei 9.983/2000, que alterou o Código Penal. Evoca o autor paranaense a interpretação enunciativa, isto é, quando o intérprete se limita a enunciar uma nova regra, derivada da anterior. Exemplo disso seria a interpretação de que *a lei que proíbe o menos proíbe o mais*. Conclui, portanto, que, proibida constitucionalmente a prisão civil, implicitamente está proibido também o mais, que é a prisão criminal. E preleciona: “A simples tipificação como crime da conduta omissiva do sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável) não é compatível com o texto constitucional à luz de uma leitura mais sofisticada e, especialmente, compromissada com a efetividade da Constituição, assim como dos direitos fundamentais que ela proclama” (artigo citado, p. 511). Por outro lado, segundo o mesmo autor, o crime de apropriação indébita previdenciária estaria a ferir o princípio da proporcionalidade: “É evidente que o legislador se houve com excesso. Ele não está a tipificar a conduta fraudulenta, o abuso de confiança (como faz a lei penal-tributária portuguesa, *v. g.*, ou a legislação brasileira revogada), a apropriação em proveito próprio, mas apenas, através de um tipo omissivo próprio, a conduta (no sentido genérico) consistente em não pagar (satisfazer) obrigação tributária. (...) A medida, depois, é *desproporcionada*, agredindo o princípio da *justa medida*. É, por isso mesmo, excessiva, desmedida, desajustada, irracional e desarrazoada, resultando na aniquilação injustificada do direito de não-sujeição à privação da liberdade por dívida, previsto no art. 5.^o, LXVII, da Lei Fundamental da República. Neste ponto é preciso lembrar que o interesse protegido

pela norma penal (arrecadação do Estado) não é suficiente para justificar a aniquilação do direito fundamental. Reitere-se: *o poder de legislar não implica o de destruir!*” (*Contribuições previdenciárias. Não-recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade*, p. 525).

19. Previdência social: como já mencionado, a previdência social é uma das atividades da seguridade social, tendo por finalidade cobrir as “situações de incapacidade do trabalhador por doença, invalidez, morte ou idade (auxílios, aposentadorias, pensão), desemprego involuntário (seguro-desemprego), salário-família e auxílio-reclusão para os segurados de baixa renda (o art. 13 da EC 20 fixou em R\$ 360,00 e que devem ser reajustados), pensão por morte” (Eros Piceli, ob. cit., p. 32).

20. Contribuições previdenciárias: são espécies de tributos, subordinando-se aos mesmos princípios que regem o fenômeno tributário no direito, como diz Aliomar Baleeiro (*apud* Wagner Balera, *Curso de direito previdenciário*, p. 45).

21. Diversidade da figura do caput e da prevista no § 1.º: aparentemente, deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas seria o mesmo que deixar de recolher contribuição destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público, o que não corresponde à realidade. A figura do *caput* tem por fim punir o substituto tributário que deve recolher o que arrecadou do contribuinte à previdência social e não o faz. É a aplicação do art. 31 da Lei 8.212/91: “A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços

e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5.º do art. 33 desta Lei”. A outra figura típica, como será visto, volta-se diretamente ao contribuinte-empresário que deve recolher a contribuição arrecadada dos seus funcionários.

22. Prazo e forma legal ou convencional: trata-se de norma penal em branco, merecendo o complemento de outras leis e regulamentos. Especialmente, deve-se consultar a Lei 8.212/91, que traz os prazos e as formas legais para o repasse ser feito.

23. Objetos material e jurídico: o objeto material é a contribuição recolhida do contribuinte. O objeto jurídico é a seguridade social. É a tutela da subsistência financeira da previdência social, como afirma o Supremo Tribunal Federal (HC 76.978-RS, 2.ª T., rel. Maurício Correa, v. u., *DJU* 19.02.1999, p. 27, *apud* José Paulo Baltazar Júnior, ob. cit., p. 323).

24. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado, que é o substituto tributário); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico). Nessa ótica: STJ: RHC 20.096-SC, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 28.06.2007, v. u. Cremos ser formal e não simplesmente de mera conduta, pois a falta de repasse, conforme o montante e a frequência, pode causar autênticos “rombos” nas contas da previdência social, que constituem nítido e visível prejuízo para a administração pública. É crime de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (o verbo implica em abstenção); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo

(aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato); não admite tentativa.

25. Competência: é da Justiça Federal e a ação é pública incondicionada.

25-A. Condição objetiva de punibilidade: é fundamental que a apuração do débito, na esfera administrativa, tenha sido concluída. Do contrário, torna-se inviável o ajuizamento de ação penal por apropriação indébita de contribuição previdenciária. Nesse sentido: STJ: “Cinge-se a questão em saber se, em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do CP, faz-se necessário o esgotamento da via administrativa em que se discute a exigibilidade do crédito tributário. Isso posto, a Turma negou provimento ao recurso ao entendimento de que, em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária, exige-se a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê início à persecução criminal. Precedentes citados: HC 96.348-BA, DJ 04.08.2008, e HC 82.397-RJ, DJ 19.05.2008” (REsp 1.028.984-MT, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 02.10.2008).

26. Análise do núcleo do tipo: *deixar de recolher* significa não arrecadar ou não entregar à previdência social o que lhe é devido. O objeto é a contribuição ou outra importância destinada à previdência. A figura corresponde ao antigo art. 95, *d*, da Lei 8.212/91.

27. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o “titular de firma individual, os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que efetivamente tenham participado da administração da empresa a ponto de concorrer de maneira eficaz para a conduta punível” (Eros Piceli, ob. cit., p. 29). O sujeito passivo é o Estado, especificamente o INSS.

28. Elemento subjetivo do tipo: ver nota 17 ao *caput*.

29. Prazo legal: é norma penal em branco, necessitando de complemento. Ver art. 30 da Lei 8.212/91, com as alterações proporcionadas pelas Leis 11.324/2006, 11.488/2007 e 11.718/2008.

30. Outra importância: estipula o art. 195, § 4.º, CF, que “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”. Logo, além das contribuições previdenciárias, “considerada a magnitude do sistema de seguridade social que o constituinte pretende ver implantado no Brasil, é certo que a criação, majoração e extensão dos benefícios e serviços configurará, em breve, uma exigência social e política da sociedade”, como esclarece Wagner Balera (ob. cit., p. 63). E continua o autor, demonstrando que tal já ocorreu com a edição da Lei Complementar 84/96, que instituiu outras fontes de custeio para a manutenção da seguridade social. Portanto, deixar de recolhê-la, como determina a lei, configura o crime de apropriação indébita previdenciária.

31. Desconto concretizado de pagamento feito: essa foi uma modificação positiva trazida pela Lei 9.983/2000. A antiga figura típica (art. 95, *d*, da Lei 8.212/91) não mencionava expressamente que o desconto tivesse sido feito, embora a doutrina e a jurisprudência já viessem exigindo tal situação. Logo, somente se concretiza o tipo penal da apropriação indébita previdenciária caso o empregador desconte a contribuição do segurado e não a repasse à previdência. Assim: TRF – 5.^a Região: “O crime em exame exige, além da falta de recolhimento de importância devida à seguridade social na época própria, que seja ela arrecadada dos

segurados ou do público. Havendo alegação, com apresentação de provas, de que os valores dos salários eram integralmente pagos aos empregados, sem que fossem refutadas pela acusação, instaura-se a dúvida razoável quanto ao aperfeiçoamento da figura delituosa” (Ap. Crim. 1.478-CE, rel. Juiz Castro Meira, *Lex* 94/642).

32. Objetos material e jurídico: ver nota 23 ao *caput*.

33. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado, como mencionado supra); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico). Cremos ser formal e não simplesmente de mera conduta, pois a falta de repasse, conforme o montante e a frequência, pode causar autênticos “rombos” nas contas da previdência social, que constituem nítido e visível prejuízo para a administração pública. É crime de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (o verbo implica em abstenção); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato); não admite tentativa.

34. Análise do núcleo do tipo, sujeitos ativo e passivo e elemento subjetivo: ver notas 26 a 28 ao inciso anterior. Esta figura guarda correspondência com o antigo art. 95, e, da Lei 8.212/91.

35. Despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços: como explica Odonel Urbano Gonçalves, “significa a apropriação de despesas para cálculo da fixação do preço da mercadoria. Noutras palavras, a contribuição devida pelo empregador (20% sobre a folha de remuneração, acrescidos do

percentual relativo ao seguro acidente de trabalho) é levada em consideração no cálculo para a fixação de preço do produto, uma vez que se constitui em despesa operacional. O não recolhimento dessa contribuição, devida pelo empregador, desde que tenha integrado os custos (o que em regra ocorre), constitui o procedimento delituoso previsto na letra e do artigo focalizado” (*Seguridade social comentada*, p. 74).

36. Objetos material e jurídico: ver nota 23 ao *caput*.

37. Classificação: ver nota 33 ao inciso I.

38. Análise do núcleo do tipo: *deixar de pagar* significa não satisfazer encargo devido. O objeto é o benefício devido a segurado, já reembolsado pela previdência social. É figura equivalente ao antigo delito previsto no art. 95, f, da Lei 8.212/91.

39. Sujeitos ativo e passivo e elemento subjetivo: ver notas 27 e 28 ao inciso I.

40. Benefício: é o ganho pago pela previdência social ao segurado, através da empresa. Normalmente é adiantado pela empresa, que depois termina compensando os valores com as contribuições devidas pela folha salarial. Exemplo de benefício: salário-família (Eros Piceli, ob. cit., p. 30).

41. Necessidade do reembolso realizado: para a configuração do crime omissivo (“deixar de pagar”) é preciso que a previdência social tenha efetuado o pagamento à empresa e esta não o tenha repassado ao segurado. É lógico que assim seja, pois, do contrário, não seria *apropriação indébita*.

42. Objetos material e jurídico: o objeto material é o benefício devido ao segurado. O objeto jurídico é a seguridade social.

43. **Classificação:** ver nota 33 ao inciso I.

44. **Causa de extinção da punibilidade:** exigem-se, para que a punibilidade do agente da apropriação indébita previdenciária seja afastada, os seguintes requisitos: *a)* declaração do valor devido (demonstrar à previdência o montante arrecadado ou recolhido de contribuinte ou segurado e não repassado); *b)* confissão da prática delituosa, isto é, a admissão de não ter feito o recolhimento ou o repasse na época e da forma previstas em lei. Em verdade, o termo usado não é o mais adequado, pois *confessar* significa “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso” (Guilherme de Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 80). Não é isso o que sempre ocorre, pois, para a existência da confissão, pede-se que o indivíduo já seja considerado suspeito ou acusado pelo Estado da prática de um crime. Ora, o próprio parágrafo prevê que a “confissão” necessita ser feita *antes do início da ação fiscal*, logo, antes de o Estado ter ajuizado ação de execução da dívida previdenciária, mas sem fazer qualquer referência à existência de um inquérito ou processo criminal a respeito. Assim, é possível que o sujeito não tenha recolhido a contribuição, apropriando-se dela, e esteja em vias de sofrer uma ação fiscal, sem que a conduta tenha resvalado na esfera penal. Enfim, o que se quis efetivamente dizer – e seria o termo mais apropriado – é haver “autodenúncia”, isto é, a admissão do cometimento de um fato criminoso (o não recolhimento da contribuição devida na época oportuna), sem que o Estado já tenha eleito o

sujeito como suspeito ou acusado; *c)* efetuar o pagamento (recolher o devido com todos os encargos, visto que o parágrafo menciona que tudo deve ser realizado “na forma definida em lei ou regulamento”, implicando nos acréscimos); *d)* prestar as informações devidas (além de declarar o devido, precisa esclarecer a previdência social a respeito da sua real situação, para que os próximos recolhimentos sejam corretamente efetuados. Assim, deverá narrar as despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou prestação de serviços que tem empreendido); *e)* espontaneidade (sinceridade na declaração, demonstrando arrependimento, agindo sem subterfúgios). Em direito penal, como já foi visto por ocasião do estudo da desistência voluntária e da atenuante da confissão espontânea, o termo *espontaneidade* é diferente de *voluntariedade*. Significa arrependimento, vontade de efetivamente colaborar com o Estado para sanar o desvio cometido. Outra interpretação seria ilógica, ou seja, dizer que *espontâneo* é o mesmo que *voluntário* seria negar o próprio conteúdo das condutas “declarar”, “confessar” e “efetuar” o pagamento. Ora, a pessoa que declara, confessa e paga o devido naturalmente o faz de maneira voluntária, sem coação. Se for coagida a fazê-lo, não está confessando, pois a admissão de culpa involuntária não pode ser ato considerado juridicamente válido. E mais: a confissão somente pode ser voluntária, pois, não fosse assim, e estaria o direito aceitando a admissão de culpa sob tortura, por exemplo, o que é uma inconseqüência. Pode-se até dizer que, vulgarmente, confissão é o simples reconhecimento da culpa, em qualquer circunstância, mas não para provocar efeito jurídico. Acrescentemos, ainda, que confundir a *espontaneidade* com mera iniciativa do agente, enquanto *voluntariedade* seria agir livre de qualquer coação, embora sem ini-

ciativa própria, mas sob sugestão de terceiros, ao que nos parece, é dilapidar a diferenciação entre os dois termos, construída, ao longo de muito tempo, pela doutrina pátria. Fosse assim e teríamos a seguinte situação, como exemplo: o sujeito que confessasse por influência de sua mãe, convencendo-o de que sua atitude criminosa não foi correta, estaria confessando voluntária, mas não espontaneamente, simplesmente porque houve influência externa. Logo, não teria direito à atenuante da *confissão espontânea*, o que é um illogicismo. Ele estaria arrependido, justamente porque ouviu os reclamos de sua genitora, mas o seu ato não poderia ser considerado de sua iniciativa. A espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir. Afinal, quem age voluntariamente, atua através de seu próprio empreendimento, livre de qualquer coação. Não considerar a sinceridade de propósito no contexto da espontaneidade é mascarar o intento de equipará-la, para todos os efeitos, à voluntariedade, o que refoge à doutrina e jurisprudência majoritárias. Embora admitindo que há diferença entre *voluntariedade* e *espontaneidade*, Luiz Regis Prado sustenta que houve incorreta redação do legislador, utilizando o termo *espontaneamente* em lugar de *voluntariamente*, merecendo haver correção, pelo intérprete, no momento da aplicação. Alega que o ato voluntário também deve comportar a extinção da punibilidade, valendo-se da interpretação extensiva para que se dê o devido alcance à norma (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 2, p. 499). Não nos parece deva o intérprete alterar, quando da aplicação da norma, a sua redação, fazendo valer a *voluntariedade* em vez da *espontaneidade*, pois, como já mencionado acima, se o agente *declara e confessa* a dívida, já o faz voluntariamente, sendo inadmissível

supor que a lei contenha palavras inúteis. Logo, preferiu o legislador demandar, também, a espontaneidade, isto é, que o devedor o faça sem qualquer subterfúgio, somente para beneficiar-se do favor legal; *f*) agir antes do início da ação fiscal, entendida esta como o efetivo ajuizamento de ação de execução pelo órgão competente. Não cremos caber, nesse caso, a simples investigação administrativa, pois *ação fiscal* deve ser expressão paralela a *ação penal*, que não abrange, certamente, o inquérito. Logo, não se vincula esta causa de extinção da punibilidade à instauração de inquérito policial, nem há referência ao oferecimento de denúncia, mas sim à atuação do Fisco. Não há óbice a tal condição, eleita pelo legislador, embora não deixe de ser estranha. Se o devedor já está sob investigação policial, por apropriação indébita previdenciária, em vez de ter por parâmetro, para saldar sua dívida, o oferecimento da denúncia, passa a levar em conta a ação fiscal. Imagine-se a hipótese de o agente ser denunciado, mas não ter havido, ainda, ação de execução, seja porque o INSS andou mais lentamente, seja porque foi inepto. Aplicando-se literalmente a letra do artigo acrescentado pela Lei 9.983/2000, caberia a extinção de punibilidade, o que se torna contraditório com o § 3.º, I, que prevê a aplicação do perdão ou do privilégio se a ação fiscal já se iniciou, mas antes de oferecida a denúncia. Portanto, sendo necessária a interpretação sistemática para dar sentido à contradição criada pelo legislador, parece-nos curial manter o seguinte quadro: a) *se o Estado não ajuizou ação fiscal, nem tampouco ação penal*: pago o débito integral, julga-se extinta a punibilidade do agente (§ 2.º); b) *se o Estado já ajuizou ação fiscal, mas não a ação penal*: cabe perdão judicial ou a aplicação do privilégio (§ 3.º, I); c) *se o Estado não ajuizou ação fiscal, mas sim ação penal*: não cabe a extinção da punibi-

lidade, pois seria o maior dos contra-sensos exterminar a pretensão punitiva do Estado quando ele agiu a tempo, na esfera penal, sem ter havido boa vontade do devedor para saldar o devido à previdência, além do que o § 3.º, I, veda a aplicação do perdão e do privilégio – favores legais menores em comparação à extinção da punibilidade – quando a ação penal já foi iniciada. Seria privilegiar a ilogicidade declarar a extinção da punibilidade para quem já é réu em ação penal, sem que possa o juiz, por expressa vedação legal, no mesmo caso, conceder um mero privilégio. Logo, o que naturalmente pretende a lei, embora tenha o preceito sido redigido de modo inadequado, é garantir a extinção da punibilidade antes da ação do Estado para cobrar a dívida, imaginando que, nesse estágio, não haveria ainda ação penal, já que nem a ação fiscal existe. Por outro lado, quando houver ação de cobrança, mas ainda não houver denúncia, pode-se conceder perdão ou privilégio, desde que satisfeito o débito; d) *se o Estado já ajuizou tanto a ação fiscal, quanto a ação penal*: cabe apenas, em caso de pagamento, a atenuante genérica prevista no art. 65, III, b, do Código Penal.

45. Não aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95: o Supremo Tribunal Federal considerava aplicável à hipótese do não recolhimento de contribuições previdenciárias a causa de extinção da punibilidade prevista na referida lei. Entretanto, naquela hipótese, era preciso pagar toda a dívida antes do recebimento da denúncia. Ora, existindo causa específica para o crime previdenciário, não mais tem cabimento a aplicação do mencionado art. 34. Portanto, deixando de pagar o devido até a ação fiscal ter início, já não se deve considerar extinta a punibilidade caso o recolhimento seja efetuado antes da denúncia. Em contrário: STJ: “Parcelamento do débito. Extinção da

punibilidade. Lei 9.249/95, art. 34. 1. Pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a compreensão segundo a qual, no crime de apropriação indébita de contribuições previdenciárias, o parcelamento antecedente à denúncia extingue a punibilidade” (RO em HC 13.047-SP, 6.ª T., rel. Paulo Gallotti, 06.02.2003, v. u., *Bol. AASP* 2.422).

45-A. Parcelamento do débito administrativamente: se houver o deferimento, na órbita administrativa, do parcelamento do débito, autorizando-se o devedor a efetuar o pagamento, não há razão para deixar de excluir a sua punibilidade no campo penal. Afinal, o Estado aceitou receber o que lhe era devido e empreendeu um acordo com a parte devedora. Não haveria sentido algum em se aplicar qualquer punição. Por outro lado, há situações, previstas em lei, em que o parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva do Estado, até que se constate o pagamento integral da dívida. Nesse prisma: STJ: “1. No campo do direito penal, não importa verificar a legalidade da concessão do parcelamento dos débitos relativos às contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, mas apenas o seu eventual deferimento pela autoridade administrativa. 2. Assim, comprovado que o benefício da suspensão da pretensão punitiva (Lei 10.684/2003, art. 9.º, *caput*), pelo parcelamento do débito, somente veio a lume no cenário legal quando já iniciada a *persecutio criminis in iudicio*, esse fato recomenda o deferimento do direito como medida de respeito à igualdade e aos direitos individuais do cidadão, previstos na Carta Magna brasileira, independentemente de ter sido concretizado após o recebimento da denúncia. 3. Recurso desprovido” (HC 87.324-SP, 6.ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 21.06.2007, v. u.).

46. Perdão judicial ou figura privilegiada: criou-se, com o § 3.º, uma hipótese

alternativa de perdão judicial (“deixar de aplicar a pena”) ou de privilégio (aplicação somente da multa). Mas há requisitos gerais e específicos. Os gerais, válidos para qualquer hipótese, são: *a)* primariedade; *b)* bons antecedentes. Sobre os conceitos de primariedade e bons antecedentes, remetemos o leitor aos comentários aos arts. 63 (primariedade) e 59 (antecedentes), sabendo-se, desde logo, que primário é o sujeito que não é reincidente (o conceito é feito por exclusão) e possui bons antecedentes aquele que não os ostenta negativos (mais uma vez o conceito é feito por exclusão). Os específicos estão previstos nos incisos.

47. Promoção do pagamento: deve o agente efetuar o pagamento de todo o montante devido à previdência social (contribuição previdenciária + acessórios) *antes* do oferecimento da denúncia e *depois* do início da ação fiscal. Como já mencionado, deve-se deixar de aplicar o art. 34 da Lei 9.249/95, pois há hipótese nova criada pela Lei 9.983/2000. Caso a atuação do Fisco tenha início, já não existe possibilidade de a punibilidade ser extinta, embora subsista a alternativa de conseguir o agente o perdão judicial ou a substancial redução da pena, trocando-se a pena privativa de liberdade pela exclusiva aplicação de multa.

48. Valor devido de pouca monta: a segunda hipótese para a aplicação do perdão judicial ou do privilégio é ser o montante devido aos cofres previdenciários igual ou inferior ao estabelecido pela própria previdência, *administrativamente* (o que prescinde de lei), para justificar uma execução fiscal. Se o Fisco não tem interesse em cobrar judicialmente o valor, não há cabimento para a atribuição de penalidades severas ao agente. Houve época em que o Fisco considerou como valor inócuo para a execução fiscal o montante de R\$ 1.000,00 (art. 1.º da Lei 9.441/97). Atualmente, o

órgão previdenciário não se interessa em propor execuções fiscais cuja dívida atinja não ultrapasse R\$ 10.000,00 (art. 20, Lei 10.522/2002, com as alterações da Lei 11.033/2004). Não se deve confundir, no entanto, pequeno valor, não justificador da ação fiscal do Estado, com *valor ínfimo*. Este último permite a configuração do crime de bagatela, isto é, a aplicação do princípio da insignificância, que torna atípica a conduta de não recolher ou repassar quantia ínfima à previdência social.

49. Critério para a escolha do juiz: tendo em vista que o legislador previu hipóteses alternativas, mas impôs condições cumulativas para as duas, é preciso distinguir quando o magistrado deve aplicar o perdão judicial e quando deve aplicar somente a multa. Assim, para um ou para outro benefício demandam-se primariedade, bons antecedentes e pagamento integral da dívida ou pequeno valor das contribuições devidas. Parece-nos que a escolha deve se fundar nos demais elementos norteadores, sempre, da análise do agente do crime, que são as circunstâncias judiciais do art. 59. Dessa forma, a verificação da personalidade e da conduta social do autor, dos motivos do delito e das circunstâncias e conseqüências da infração penal, que constituem a culpabilidade, maior ou menor reprovação social do que foi feito, levarão o juiz à decisão mais justa: perdão ou multa.

Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza

Art. 169. Apropriar-se⁵⁰ alguém⁵¹ de coisa alheia⁵²⁻⁵³ vinda ao seu poder⁵⁴ por erro,⁵⁵ caso fortuito⁵⁶ ou força da natureza;⁵⁷⁻⁵⁹

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

Apropriação de tesouro

I – quem⁶⁰ acha tesouro em prédio alheio e se apropria,⁶¹ no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;⁶²⁻⁶⁴

Apropriação de coisa achada

II – quem⁶⁵ acha coisa alheia perdida⁶⁶ e dela se apropria,⁶⁷ total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor⁶⁸ ou de entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de 15 (quinze) dias.⁶⁹

50. Análise do núcleo do tipo: ver comentários ao art. 168, pois idêntico.

51. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa. No caso do sujeito passivo, é o proprietário da coisa desviada ou perdida por erro ou acidente.

52. Coisa alheia: ver comentários ao art. 155, cujo objeto material é o mesmo.

53. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há elemento subjetivo do tipo específico, nem a forma culposa.

54. Estar em poder do agente: significa ter a coisa pertencente a terceiro sob sua esfera de vigilância e disponibilidade.

55. Erro: é a falsa percepção da realidade, que leva alguém a entregar ao agente coisa pertencente a outrem. Ex.: um entregador, confundindo o destinatário, passa às mãos do apropriador algo que não lhe cabe, havendo, então, o apossamento.

56. Caso fortuito: é o evento acidental, que faz com que um objeto termine em mãos erradas. Abrange, naturalmente, a força maior ou forças da natureza. Estamos, nesse prisma, com a lição de Nélson Hungria: “O dispositivo legal menciona o

caso fortuito e a força da natureza, fazendo, a exemplo, aliás, do Código suíço, uma distinção que se pode dizer desnecessária, pois o caso fortuito abrange todo e qualquer acontecimento estranho, na espécie, à vontade do agente e do *dominus*. Tanto é caso fortuito se a coisa alheia vem ao meu poder em consequência da queda de um avião em meu terreno, quanto se foi trazida pela correnteza de uma enchente. Se bois alheios, por mero instinto de vagueação ou acossados pelo fogo de uma queimada, entram nas minhas terras, ou se peças de roupa no coradouro do meu vizinho são impelidas por um tufão até o meu quintal, tudo é caso fortuito” (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 151).

57. Forças da natureza: é a energia física e ativa que provoca o ordenamento natural das coisas (ex.: uma tempestade, que tem energia para destruir casas e veículos, provocando a diminuição do patrimônio alheio). Conforme mencionamos no item anterior, está incluída no caso fortuito. Assim, se, durante uma enchente, um automóvel vai cair na propriedade de outrem, fica este obrigado a devolvê-lo. Não o fazendo, configura-se o delito de apropriação.

58. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa desviada acidentalmente; o objeto jurídico é o patrimônio.

59. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso, e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de

maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, quando na forma comissiva.

60. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa pode cometer o delito; o sujeito passivo há de ser o proprietário do prédio onde o tesouro foi achado.

61. Análise do núcleo do tipo: a conduta principal é *apropriar-se* – que já foi definida em nota anterior – de tesouro achado em prédio alheio. *Achar tesouro* significa encontrar um conjunto de coisas preciosas ou valiosas. É indispensável que o local onde o tesouro foi encontrado pertença a terceira pessoa.

62. Quota pertencente ao proprietário: preceitua o Código Civil (art. 1.264) dever existir a divisão, em partes iguais, de tesouro encontrado por acaso, que não possua dono conhecido, com o proprietário do lugar onde ele foi achado.

63. Objetos material e jurídico: o objeto material é o tesouro visado; o objeto jurídico é o patrimônio do proprietário do prédio.

64. Elemento subjetivo e classificação: vide notas 53 e 59 ao *caput*.

65. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa pode cometer o delito; o sujeito passivo é o proprietário ou legítimo possuidor da coisa perdida.

66. Coisa perdida e coisa esquecida: não se confundem, por certo. A perda sumiu por causa estranha à vontade do proprietário ou possuidor, que não mais

a encontra; a esquecida saiu da sua esfera de vigilância e disponibilidade por simples lapso de memória, embora o dono saiba onde encontrá-la. Ex.: saindo à rua, o indivíduo deixa cair sua carteira e continua caminhando sem perceber: trata-se de coisa perdida; saindo de um restaurante, esquece o casaco sobre a cadeira: trata-se de coisa esquecida, pois terá chance de voltar para pegá-lo. Assim, quem se apropria de coisa esquecida, disso tendo conhecimento, comete furto, e não apropriação.

67. Análise do núcleo do tipo: quanto à conduta principal de apropriação, ver nota 50 ao *caput*. O apossamento, neste caso, volta-se contra coisa pertencente a outrem, que está perdida. A obrigação imposta pela lei, portanto, é a pronta restituição do bem sumido a quem o está procurando. Essa devolução pode efetivar-se diretamente a quem de direito ou à autoridade competente.

68. Dono ou legítimo possuidor: evidencia-se, neste tipo penal, a proteção estendida, nos crimes patrimoniais, não somente ao dono da coisa, mas também a quem a possui legitimamente.

69. Elemento temporal: raramente o tipo penal prevê um prazo para o crime se consumar. No caso presente, houve por bem o legislador conferir ao agente o período de quinze dias para encontrar a vítima, devolvendo-lhe a coisa achada. Cremos não haver razão para isso. Se o indivíduo quer apropriar-se do que não lhe pertence, ou seja, de coisa alheia perdida, pode evidenciar seu ânimo no exato momento em que se apossa do bem. Permitir que exista um prazo para a configuração do crime é o mesmo que estabelecer, dentro do próprio tipo, uma excludente. Assim, a apropriação estaria configurada, subjetivamente, no momento em que o autor demonstra

a inequívoca vontade de se apropriar da coisa encontrada. Mas se, no decurso dos quinze dias, arrepender-se, pode devolvê-la à vítima e não há mais fato típico. *Seria* uma excludente de tipicidade se estivesse fora do tipo penal. Entretanto, como foi prevista dentro da figura típica, entendemos tratar-se de um delito condicionado. A apropriação somente ganha relevo jurídico-penal se houver o transcurso do período fixado no próprio tipo. Assim, não cabe tentativa: ou o agente fica com a coisa após o 15.º dia e o crime está consumado ou a devolve e não há ilícito penal. Há quem sustente que, no caso de cheque encontrado, se o agente deposita o título em sua conta o crime está consumado. Ora, qual a diferença entre o sujeito encontrar um objeto de arte, como um quadro, pendurando-o na parede de sua casa no primeiro dia, com a intenção de se apropriar do bem, e o caso do cheque? Em ambas as hipóteses o autor está se apropriando de coisa alheia perdida *antes dos 15 dias*. Seria crime consumado em ambos os casos? Se a resposta for positiva, perde o sentido o prazo de 15 dias colocado no tipo penal, circunstância objetiva, que precisa ser respeitada. Se a resposta fosse negativa com relação ao quadro, mas positiva com relação ao cheque, estar-se-ia transformando o período de quinze dias em um “elemento subjetivo específico”, o que é ilógico. Dessa maneira, caso o agente fique com a coisa alheia durante quinze dias sem *dar demonstração ostensiva* de que vai dela se apossar, o crime inexistente. Porém, se der tal demonstração, o crime se consuma de imediato. Não nos parece seja assim. O tipo penal prevê um prazo que integra a descrição abstrata da conduta, *condicionando* a concretização do delito à sua ocorrência, pouco interessando o que o agente faz com o bem nesse período. É evidente que não é direito do sujeito que encontrou o bem dele usufruir por 15 dias, já que não lhe pertence.

Cabe a apreensão se for encontrado em seu poder, embora não se possa falar em crime de apropriação, pois o legislador foi claro: *apropriar-se* de coisa alheia perdida exige o expresso prazo de 15 dias, período no qual pode haver a devolução, não se configurando ilícito penal.

Art. 170. Nos crimes previstos neste Capítulo, aplica-se o disposto no art. 155, § 2.º.⁷⁰

70. Apropriação privilegiada: segue as mesmas regras do furto privilegiado. Ver comentários ao art. 155, § 2.º.

Capítulo VI DO ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

Estelionato

Art. 171. Obter,¹⁻² para si ou para outrem,³ vantagem ilícita,⁴ em prejuízo alheio,⁵ induzindo ou mantendo alguém em erro,⁶ mediante artifício,⁷ ardil,⁸ ou qualquer outro meio fraudulento.⁹⁻¹³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º Se o criminoso é primário,¹⁴ e é de pequeno valor o prejuízo,¹⁵ o juiz pode¹⁶ aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2.º.

§ 2.º Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I – vende, permuta, dá em pagamento,¹⁷⁻¹⁸ em locação ou em garantia coisa alheia¹⁹⁻²⁰ como própria;²¹⁻²³

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia²⁴⁻²⁵ coisa própria inalienável,

gravada de ônus ou litigiosa,²⁶ ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações,²⁷⁻²⁸ silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;²⁹⁻³⁰

Defraudação de penhor

III – defrauda,³¹⁻³² mediante alienação³³ não consentida³⁴ pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;³⁵⁻³⁷

Fraude na entrega de coisa

IV – defrauda³⁸⁻³⁹ substância, qualidade ou quantidade de coisa⁴⁰⁻⁴¹ que deve entregar⁴² a alguém;⁴³⁻⁴⁴

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V – destrói,⁴⁵⁻⁴⁶ total ou parcialmente, ou oculta coisa própria,⁴⁷ ou lesa o próprio corpo ou a saúde,⁴⁸ ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de⁴⁹ haver indenização ou valor de seguro;⁵⁰⁻⁵¹

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI – emite⁵²⁻⁵⁴ cheque,⁵⁵ sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado,⁵⁶⁻⁵⁸ ou lhe frustra o pagamento.⁵⁹⁻⁶⁴

§ 3.º A pena aumenta-se de um terço,⁶⁵ se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público⁶⁶⁻⁶⁷ ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.⁶⁸

1. Análise do núcleo do tipo: a conduta é sempre composta. *Obter* vantagem indevida *induzindo* ou *mantendo* alguém em erro. Significa conseguir um benefício ou um lucro ilícito em razão do engano provocado na vítima. Esta colabora com o agente sem perceber que está se despojando de seus pertencentes. *Induzir* quer dizer incutir ou persuadir e *manter* significa fazer perma-

necer ou conservar. Portanto, a obtenção da vantagem indevida deve-se ao fato de o agente conduzir o ofendido ao engano ou quando deixa que a vítima permaneça na situação de erro na qual se envolveu sozinha. É possível, pois, que o autor do estelionato provoque a situação de engano ou apenas dela se aproveite. De qualquer modo, comete a conduta proibida.

2. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa.

3. Elemento subjetivo: é o dolo. Inexiste a forma culposa. Além disso, existe o elemento subjetivo do tipo específico (ou dolo específico), que é a vontade de obter lucro indevido, destinando-o para si ou para outrem.

4. Vantagem ilícita: diversamente do objeto material do crime de furto – que menciona *coisa alheia* –, neste caso basta que o agente obtenha *vantagem*, isto é, qualquer benefício, ganho ou lucro, de modo *indevido*, ou seja, ilícito. Logicamente, trata-se de vantagem de natureza econômica, uma vez que se cuida de crime patrimonial (sobre a natureza da vantagem, consultar também a nota 51 ao art. 159).

5. Elemento normativo: *prejuízo* quer dizer perda ou dano; *alheio* significa pertencente a outrem. Portanto, a vantagem auferida pelo agente deve implicar numa perda, de caráter econômico, ainda que indireto, para outra pessoa.

6. Erro: é a falsa percepção da realidade. O agente coloca – ou mantém – a vítima numa situação enganosa, fazendo parecer realidade o que efetivamente não é. Ex.: o autor finge manter uma agência de venda de carros, recolhe o dinheiro da vítima, prometendo-lhe entregar o bem almejado, e desaparece.

7. Artíficio: é astúcia, esperteza, ma-nobra que implica em engenhosidade. Ex.: o sujeito, dizendo-se representante de uma instituição de caridade conhecida, fazendo referência ao nome de pessoas conhecidas que, de fato, dirigem a mencionada instituição, consegue coletar contribuição da vítima, embolsando-a.

8. Ardil: é também artifício, esperteza, embora na forma de *armadilha*, cilada ou estratagema. No exemplo dado anteriormente, o agente prepara um local com a aparência de ser uma agência de venda de veículos, recebe o cliente (vítima), oferece-lhe o carro, recebe o dinheiro e, depois, desaparece. Trata-se de um ardil.

9. Qualquer outro meio fraudulento: trata-se de interpretação analógica, ou seja, após ter mencionado duas modalidades de meios enganosos, o tipo penal faz referência a qualquer outro semelhante ao artifício e ao ardil, que possa, igualmente, ludibriar a vítima.

10. Objetos material e jurídico: o objeto material é tanto a pessoa enganada, quanto o bem obtido indevidamente, que sofrem a conduta criminosa. O objeto jurídico é o patrimônio.

11. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“obter”, “induzir” e “manter” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo). Sobre a possibilidade

de reconhecimento da permanência, ver a nota 13; de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

12. Questões controversas: a) *trabalho espiritual* (cartomancia, passes espirituais, bruxaria, macumba, entre outros): quando se tratar de atividade gratuita, bem como quando se referir a algum tipo de credo ou religião, não se pode punir, pois a Constituição Federal assegura liberdade de crença e culto; quando se referir a atividade paga, cremos estar configurado o delito de estelionato. Não se pode mais falar na contravenção penal da exploração da credulidade pública, pois o art. 27 da Lei das Contravenções Penais foi revogado pela Lei 9.521/97; b) *mecanismos grosseiros de engodo*: não há crime, pois é exigível que o artifício, ardil ou outro meio fraudulento seja apto a ludibriar alguém. Utiliza-se, para tanto e como regra geral, o critério do *homem médio*, ou seja, a pessoa comum. Excepcionalmente, cremos ser cabível analisar, ainda, as condições pessoais da vítima, isto é, se for pessoa muito simples, colhida de surpresa, sem condições de se informar devidamente, portanto vítima que está abaixo da média da sociedade, é possível se configurar o estelionato através de meio fraudulento facilmente detectável pelo *homem médio*. De outra parte, quando o ofendido for pessoa extremamente esclarecida e especialista em determinada matéria, de onde proveio o seu logro, o critério do *homem médio* também pode falhar. Assim, o agente que conseguiria enganar a pessoa comum, valendo-se de determinado artifício, não o faria com a vítima preparada. Se esta se deixar envolver, por mera desatenção de sua parte, entendemos não configurado o delito; c) *esperteza nas*

atividades comerciais: não configura o delito de estelionato, resolvendo-se, se for o caso, na esfera civil; d) *torpeza bilateral*: em tese, não afasta o delito, pois o tipo penal não exige que a vítima tenha boas intenções. Assim, no conhecido golpe do *bilhete premiado*, o agente cerca a vítima, contando-lhe uma mirabolante história de necessidade (como ter de socorrer, urgentemente, sua mãe à beira da morte no interior), propõe a troca de um bilhete *premiado* que possui por uma determinada quantia em dinheiro. Acompanhando o ofendido até uma casa lotérica, de posse de um bilhete falsificado, demonstra que, realmente, o referido bilhete foi premiado naquela semana. A vítima, por sua vez, pretendendo valer-se de boa oportunidade para auferir um lucro, aceita o negócio. Fica com o bilhete falsamente premiado e entrega uma soma ao agente. Existiu, nessa avença, torpeza bilateral: o agente enganou o ofendido, mostrando-lhe um bilhete falso; a vítima, por sua vez, em vez de auxiliar quem estaria precisando de apoio em momento tão crucial, resolve levar vantagem e adquire o *bilhete premiado* a baixo custo. Outro exemplo que merece ser mencionado, até porque configurou caso concreto, recentemente noticiado pela imprensa, é o dos alunos que, efetuando o pagamento de determinada quantia exigida, se disseram lesados por determinado estabelecimento de ensino superior, tendo em vista que lhes foi prometido um curso rápido e compacto de uma semana para que obtivessem diploma universitário. Ora, o intuito de levar vantagem, com nítida torpeza, pois é do senso comum que tal situação está fora da realidade nacional, ficou patenteado em cada uma das “vítimas” desse golpe. Situações não faltam para exemplificar a participação do ofendido no contexto do estelionato, quase que “pedindo” para ser enganado. Outro golpe comum é o do “carro barato”. Anúncios são publicados em classificados

de jornais de grande circulação, oferecendo veículos a preços bem abaixo do mercado. Os telefones de contato normalmente são celulares ou linhas de telefone fixo comunitário. A pessoa que atende se identifica como funcionário ou representante de uma montadora e passa a solicitar dados pessoais do interessado (nome, endereço, número dos documentos), enviando-lhe, por fax, uma ficha cadastral. Em algumas situações exige-se um valor simbólico para a ficha cadastral, a ser depositado na conta da própria montadora (os números dessas contas são obtidos ilegalmente). Em seguida, o estelionatário pede um depósito com o valor total ou parcial do veículo em nome de um terceiro (diz que é carro de frota, por exemplo). Quando a vítima faz o pagamento, recebe em casa, por fax, uma nota fiscal falsa, com logotipo do fabricante e dados do veículo. Posteriormente, agendada a data para pegar o carro, o comprador vai direto à fábrica para, então, descobrir-se vítima da fraude; e) *estelionato e falsidade*: aplica-se a Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Trata-se da aplicação da regra de que o crime-fim absorve o crime-meio; f) *reparação do dano*: não afasta a configuração do estelionato, salvo na hipótese do cheque sem fundos, como será visto a seguir. A reparação do dano, no entanto, quando feita antes do recebimento da denúncia ou da queixa, pode servir de causa de diminuição da pena (art. 16) ou mesmo de circunstância atenuante (art. 65, III, b, CP).

13. Estelionato como delito permanente: em nossa visão, o crime é sempre instantâneo, podendo, por vezes, configurar o chamado delito instantâneo de efeitos permanentes. Entretanto, há controvérsia a esse respeito. Ocorreria o estelionato ins-

tantâneo de efeitos permanentes quando alguém falsificasse certidão de nascimento para que outrem conseguisse receber do INSS, por vários meses, um valor indevido. Analisando a questão, pronunciou-se para esse tipo de crime o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal: “Ora, a fraude verificada, com a adulteração da certidão de nascimento da segurada, mostrou-se crime instantâneo, muito embora vindo a repercutir no tempo, no que logrou ela o benefício da aposentadoria e a satisfação de prestações periódicas”. E arrematou o Ministro Maurício Correa, considerando ser possível a configuração do estelionato na forma permanente, mas não no caso de quem falsificou a certidão para ser usada contra a Previdência Social e sim por parte da segurada, que dela fez uso (HC 80.349-SC, 2.^a T., rel. Marco Aurélio, 18.12.2000, v. u., DJ 04.05.2001, Ementário 2.029-3). Ousamos sustentar que, em qualquer hipótese, o crime de estelionato é instantâneo, podendo produzir efeitos permanentes, no tocante ao agente que falsificou a certidão para ser usada contra o INSS, bem como pode adquirir a feição de crime continuado, quanto à pessoa do segurado que, mensalmente, recebe o valor indevido, valendo-se da fraude. Igualmente: STF: “Considerou-se que a fraude perpetrada pelo agente consubstancia crime instantâneo de resultados permanentes, não obstante tenha repercutido no tempo e beneficiado terceiro. Precedente citado: HC 80.349/SC (DJU 04.05.2001)” (HC 86.467-RS, 1.^a T., rel. Marco Aurélio, 23.04.2007, v. u., *Informativo* 464). TRF-5.^a Região: Ap. 2742-PE, 3.^a T., rel. Paulo Gadelha, 17.07.2004, v. u. Em sentido contrário, admitindo a forma permanente do estelionato: STJ: “Tratando-se de estelionato de rendas mensais, que dura no tempo, há permanência na consumação (delito eventualmente permanente), devendo o termo inicial da prescrição contar-se

da cessação da permanência (art. 111, III, do CP)” (HC 12.914-SC, 5.^a T., inserido no acórdão supra do STF); TRF-3.^a Região: “A controvérsia cinge-se à data da consumação do delito para o efeito de cálculo do prazo prescricional. O delito de estelionato contra a Previdência Social previsto no art. 171, § 3.^o, do Código Penal, é de natureza permanente, qual seja, prolonga-se no tempo e perdura até o recebimento do último benefício indevido, uma vez que se trata de prestações periódicas. Por essa razão, dada a natureza de crime permanente, a contagem do prazo prescricional inicia-se na data da cessação do recebimento do benefício indevido” (RSE 1999.61.81.007550-4 3490 RCCR-SP, 1.^a T., rel. Vesna Kolmar, 30.11.2004, m. v. (o voto vencido entende ser crime instantâneo).

14. Estelionato privilegiado: como no caso do furto e da apropriação indébita, é possível haver substituição ou diminuição da pena (art. 155, § 2.^o). Exige-se primariedade para o réu (não ser reincidente – art. 63, CP), embora não se fale em *antecedentes*. Portanto, somos da opinião de que o juiz, para aplicar este benefício, não deve exigir *bons antecedentes*.

15. Pequeno valor do prejuízo: diferentemente do que ocorre com o furto, neste caso não se refere o tipo penal ao pequeno *valor da coisa*, e sim à *perda sofrida* pela vítima. Essa perda, segundo entendimento que tem predominado, não pode ser superior a um salário mínimo. Quanto ao momento de verificação da ocorrência do dano ao ofendido, cremos dever-se considerar o instante da consumação. Inexiste razão para ser feita a análise posteriormente, pois o benefício refere-se ao crime cometido e não às consequências do delito. Não fosse assim e poderia o estelionatário valer-se da sorte. Imagine-se que tenha provocado

um imenso prejuízo à vítima. Quando esta recorre à polícia e o crime é descoberto, já que não pode evitar a punição, busca devolver o máximo que puder, visando à transformação do tipo penal simples para a figura privilegiada. Seria a utilização casuística do benefício legal. Ainda assim, há posição em sentido contrário, sustentando dever o juiz verificar o valor do prejuízo mesmo em data posterior à consumação do delito.

16. Faculdade ou obrigação do juiz: toda vez que o tipo penal se refere ao “poder” do juiz de aplicar algum benefício surge o debate acerca da sua facultatividade ou obrigatoriedade. Nessas hipóteses, defendemos existir, sempre, uma posição intermediária, ou seja, na avaliação dos requisitos do benefício, muitos deles de caráter nitidamente subjetivo, o magistrado é livre, não podendo ser obrigado a dar interpretação em favor do réu; porém, reconhecendo existentes todos os requisitos, é natural que tenha a obrigação de conceder o benefício, pois a lei não deve ser utilizada como objeto do capricho do seu aplicador.

17. Análise do núcleo do tipo: *vender* (alienar mediante determinado preço), *permutar* (trocar) ou dar em pagamento, locação ou garantia (esta última: hipoteca, penhor, anticrese) coisa que não lhe pertence é uma das modalidades de estelionato.

18. Sujeitos ativo e passivo: qualquer pessoa, desde que envolvida no negócio.

19. Coisa alheia: diversamente do furto, nesse caso podem incluir-se móveis e imóveis, não sendo necessária a tradição ou a realização completa e formal do negócio, como a transcrição no registro de imóveis, por exemplo. Inclui-se, nesse caso, a venda de coisa adquirida com reserva de domínio.

20. Elemento subjetivo: é o dolo. Inexiste a forma culposa. Embora não esteja expresso, a figura típica é um complemento do *caput*, de forma que se exige o elemento subjetivo do tipo específico (“obter lucro indevido para si ou para outrem”) – ou dolo específico.

21. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa alheia vendida, permutada ou dada em pagamento; o objeto jurídico é o patrimônio.

22. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“vender”, “permutar” e “dar” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

23. Furto e disposição de coisa alheia como própria: trata-se de hipótese em que se devem punir os dois crimes praticados, em concurso material, porque os bens jurídicos protegidos pertencem a pessoas diversas; logo, não cabe falar em *post factum* não punível. O furto prejudicou o proprietário da coisa levada; o estelionato provoca dano no patrimônio de quem adquire a coisa não pertencente ao agente. Há posição em sentido contrário, acolhendo a tese da ocorrência de crime único quando o autor furta e, em seguida, vende como sua coisa alheia.

24. Análise do núcleo do tipo: vide nota 17 ao inciso anterior. O objeto material, neste caso, é que muda: em vez de ser coisa alheia, é coisa própria não passível de alienação.

25. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o dono da coisa inalienável, gravada de ônus ou litigiosa; o sujeito passivo é qualquer pessoa, que tenha adquirido, feito a permuta ou recebido o bem em pagamento ou garantia.

26. Coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa: o objeto material, na hipótese deste inciso, é coisa pertencente ao próprio agente que, no entanto, está impedido – por lei, por contrato ou por testamento – de aliená-la. Pode, também, ser coisa impedida de alienação porque gravada de ônus (ver Código Civil: “Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso”). Além disso, podem ser consideradas as coisas que estão em litígio, impossíveis de serem vendidas, licitamente, até que haja uma decisão judicial a respeito da propriedade. Não se configura o crime, caso a promessa de venda e compra seja feita, embora sujeita à cláusula resolutiva de o inquilino exercer o seu direito de preferência: TACRIM/SP (atual TJSP): “O exercício do direito de preferência pelo inquilino tolhia o cumprimento da promessa de venda e compra antes celebrada entre a paciente e a pseudovítima, frente à condição resolutiva prevista na cláusula 6.^a da promessa, livremente pactuada” (HC 281.218-6, São Paulo, 14.^a C., rel. San Juan França, 07.11.1995, v. u.).

27. Imóvel prometido à venda, mediante pagamento de prestações: é o caso do agente que, tendo compromissado seu imóvel, prometendo vendê-lo a terceiro, em vez de honrar o pacto, vende-o a outra pessoa, silenciando sobre a existência do compromisso anterior. Ressalte-se que o compromisso precisa contar com pagamento *em prestações*, conforme exige o tipo penal, não valendo, pois, o pagamento à vista.

28. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, previsto no *caput*: *obter lucro indevido para si ou para outrem* (ou dolo específico).

29. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa própria vendida, permutada, dada em pagamento ou garantia; o objeto jurídico é o patrimônio.

30. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.^o, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

31. Análise do núcleo do tipo: *defraudar* significa lesar, privar ou tomar um bem de outrem. O tipo penal indica que a defraudação pode se dar através de alienação

do bem ou de *qualquer outro modo*, desde que seja suficiente para privar o credor do seu direito sobre a garantia pignoratícia.

32. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o devedor, que está com a coisa empenhada; o passivo é o credor pignoratício.

33. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se, como no *caput*, o elemento subjetivo do tipo específico – “para si ou para outrem” – em relação à vantagem indevida auferida (ou dolo específico).

34. Elemento normativo do tipo: a falta de consentimento do credor refere-se à ilicitude da conduta do agente e, tendo sido colocada no tipo penal, torna-se elemento normativo.

35. Objeto empenhado: somente coisas móveis que foram dadas em garantia ao credor.

36. Objetos material e jurídico: o material é o objeto empenhado; o jurídico é o patrimônio.

37. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“defraudar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubstistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

38. Análise do núcleo do tipo: vide nota 31 ao inciso anterior.

39. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é a pessoa que esteja na posse da coisa a ser entregue – e com a obrigação de fazê-lo; o passivo é o destinatário da coisa.

40. Substância, qualidade e quantidade de coisa: *substância* é a matéria que compõe alguma coisa (ex.: substituir uma jóia de diamante por uma de zircônio); *qualidade* significa a propriedade ou atributo que algo possui (ex.: substituir uma pedra preciosa pura por outra, contendo impurezas); *quantidade* é a medida em unidades de alguma coisa (ex.: entregar um colar de pérolas, faltando alguns glóbulos).

41. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se admite a forma culposa. Como decorrência do *caput*, exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, que é a obtenção de lucro para si ou para outrem (ou dolo específico).

42. Elementos normativos do tipo: o *dever de entrega* é sujeito à valoração jurídica, configurando hipótese de uma obrigação decorrente de lei, contrato ou acordo.

43. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa a ser entregue; o jurídico é patrimônio.

44. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“defraudar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo

resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

45. Análise do núcleo do tipo: *destruir* significa fazer desaparecer, aniquilar ou extinguir; *ocultar* quer dizer encobrir ou esconder; *lesar* significa ofender fisicamente; *agravar* quer dizer aumentar ou piorar. O tipo é misto alternativo, ou seja, o autor pode destruir, ocultar, lesar *ou* agravar, além de poder também praticar mais de uma das condutas típicas, como ocultar coisa própria, destruindo-a, em seguida, redundando num único delito.

46. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é a pessoa que possui coisa ou o próprio corpo segurado. O sujeito passivo é a seguradora. Em qualquer das hipóteses previstas no tipo penal, é possível a colaboração ativa de terceiro, provocando a destruição, a ocultação, a lesão ou a agravamento. Responde, ainda, o terceiro – se lesionar ou agravar a lesão – pelo crime contra a pessoa, segundo doutrina majoritária. cremos, no entanto, possível de ser aplicada, neste caso, a causa supralegal de exclusão da ilicitude, consistente no consentimento do ofendido. Quem se deixa lesionar para receber valor do seguro torna lícita a conduta do autor, já não se podendo sustentar, na atualidade, a absoluta indisponibilidade da integridade física.

47. Coisa própria: diversamente do furto, neste caso é preciso que o agente se volte contra coisa que lhe pertence. A razão é simples: o sujeito passivo não é o proprietário do bem, mas sim a companhia seguradora, que haveria de ressarcir o dano. Quando se tratar de destruição, pode-se falar

de bens móveis ou imóveis, mas, no caso da ocultação, somente de bens móveis.

48. Próprio corpo ou saúde: da mesma forma, a autolesão não é punida. O sujeito passivo é a seguradora que deveria pagar pelo dano propositadamente causado.

49. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, que é o *intuito de* receber indenização ou valor de seguro, lucrando indevidamente (ou dolo específico).

50. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser a coisa pertencente ao agente ou seu próprio corpo ou saúde. O objeto jurídico é o patrimônio do sujeito passivo.

51. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige necessariamente resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima, para estar consumado, bastando a prática da conduta prevista no tipo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo (as condutas típicas implicam, de regra, em ações; quanto à conduta de *agravar*, pode ser realizada na forma omissiva) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na forma “ocultar”, que é permanente (delito de consumação prolongada no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma comissiva.

52. Análise do núcleo do tipo: *emitir* cheque significa pôr em circulação o título de crédito; *frustrar* o pagamento quer dizer iludir ou enganar o credor, evitando a sua remuneração. Esta última conduta pode se realizar de variadas formas: desde a retirada dos fundos existentes na conta, passando pelo encerramento da conta antes da apresentação do cheque até chegar a ponto de determinar a sustação do título de crédito. Note-se que *emitir* não é equivalente a endossar. Portanto, o beneficiário que, ciente da ausência de fundos, passa adiante o cheque, deve responder por estelionato na modalidade prevista no *caput* do art. 171. Entretanto, se desde o início estão em conluio emitente e tomador, é natural que haja, nesse caso, concurso de pessoas, e ambos responderão pela figura do inciso VI. O avalista, por sua vez, responde como partícipe, se obrar com má-fé (cf. Dirceu de Mello, *Aspectos penais do cheque*, p. 122-123 e 125).

53. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o emitente do cheque (caso o título pertença a terceiro, ingressa-se na figura do *caput*). Não se inclui, também, o endossante, que não *emite* o título de crédito. Esta pessoa pode responder como partícipe do crime ou por estelionato na forma simples. O sujeito passivo é qualquer pessoa que receba o título para pagamento de dívida.

54. Elemento subjetivo do tipo: exige-se o dolo. Não há a forma culposa. Pede-se, ainda, a existência do elemento subjetivo específico – não explícito no tipo, mas somente no *nomen juris* –, que é a vontade de *fraudar* (ou dolo específico). Como ensina Hungria, é o *animus lucri faciendi* ou a intenção de defraudar (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 246). Justamente por isso, não configura o crime a condu-

ta de quem emite o cheque sem fundos acreditando que, até a apresentação do título, conseguirá suprir a deficiência de sua conta bancária. Não tendo sido possível o suprimento, apressa-se em saldar o débito antes de o título ser compensado pelo banco. Não houve, nesse caso, vontade de “fraudar” o credor. Importante a distinção entre dolo genérico e dolo específico (ou elemento subjetivo do tipo específico) feita por Dirceu de Mello: “Dolo genérico, no saque sem fundos, [é] a vontade de emitir o cheque, sabendo que ele não será pago; dolo genérico, na frustração do pagamento, [é] a vontade da retirada ou bloqueio, com consciência da ilicitude do comportamento; dolo específico, nas duas situações, [é] o *animus lucri faciendi* ou intenção de fraudar” (*Aspectos penais do cheque*, p. 92).

55. Elemento normativo do tipo: *cheque* é um título de crédito, que consubstancia uma ordem de pagamento à vista, cujo conceito deve ser obtido no direito comercial; portanto, depende de valoração jurídica.

56. Sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado: no momento da emissão do cheque – que não significa simplesmente o seu preenchimento, mas a entrega a terceiro – é preciso que o estabelecimento bancário, encarregado da compensação, já não possua fundo suficiente para cobrir o pagamento. Se possuir a provisão de fundos, mas esta for alterada antes da apresentação do título, recorre-se à segunda figura (frustrar o pagamento). Por outro lado, se o agente possuir cheque especial, é natural que o pagamento feito pelo banco, ainda que resulte em saldo negativo, não configure o delito. E mais: contando o emitente com seu limite de cheque especial – e emitindo o cheque com valor que não ultrapasse o referido limite

–, caso o banco recuse o pagamento, por razões de política institucional, o crime também não se configura.

57. Análise das Súmulas 246 e 554 do Supremo Tribunal Federal: dizem as súmulas que, “comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheques sem fundos” (246) e “o pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal” (554). Cremos ser necessário distinguir duas situações: a) o sujeito, como narrado em nota anterior, logo que emite o título, apesar de saber não possuir fundos suficientes, imagina poder cobrir o déficit, demonstrando não ter a intenção de fraudar o tomador. Inexistindo o elemento subjetivo do tipo específico, não há crime. É a aplicação da Súmula 246; b) o sujeito sabe não possuir fundos suficientes, mas, ainda assim, emite o título e tem a intenção de fraudar o tomador. Quando percebe que pode ser denunciado por isso, apressa-se em pagar. Nesta hipótese, delito houve, não havendo razão plausível para afastar a ação penal. A Súmula 554, no entanto, por não distinguir as situações, acabou permitindo que o pagamento do cheque, antes do recebimento da denúncia, impeça a ação penal. Teoricamente, neste último caso, no máximo, poder-se-ia falar em causa de redução da pena (art. 16, CP). Criticando, com razão, o tratamento benigno dado às fraudes praticadas por meio da emissão de cheque, confira-se a opinião de Dirceu de Mello: “É verdade que, no plano inclinado das liberalidades, entre nós pelo menos, se acabou indo muito longe. De franquia em franquia, uma mais avançada que a outra, terminou advindo o quadro, afora antijurídico, injusto por excelência, que presentemente emoldura as situações de emissão sem fundos: o resgate do cheque,

antes de iniciada a ação penal, extingue a punibilidade do agente. A solução é injurídica porque estabelecida à margem da lei, para não se dizer em oposição a ela” (*Aspectos penais do cheque*, p. 114).

58. Cheque pré-datado ou dado como garantia de pagamento: o título de crédito tem por característica principal ser uma ordem de pagamento à vista. Por isso, quando alguém aceita o cheque para ser apresentando futuramente, em data posterior à da emissão, está recebendo o título como mera *promessa de pagamento*. Caso não seja compensado, por falta de suficiente provisão de fundos, é apenas um ilícito civil, mas não um crime. É posição atualmente tranqüila na doutrina e na jurisprudência. Ver: STJ: “A garantia de pagamento por cheque, em negócios malogrados, não enseja a ocorrência de ilícito de interesse penal” (RHC 8.840-BA, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 04.11.1999, v. u., DJ 06.12.1999, p. 102). Igualmente: STJ: HC 10.112-PI, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 04.11.1999, v. u., DJ 06.12.1999, p. 105. TAMG (atual TJMG): HC 445.589-6, Uberlândia, 2.^a C. Mista, rel. Sidney Alves Affonso, 09.03.2004, v. u., *Bol. AASP* 2.424; TJSP: “Não configura o delito de fraude no pagamento por meio de cheque, previsto no art. 171, § 2.^o, VI, do CP, se a cártula foi emitida como garantia para a realização de um *show* em uma boate onde a vítima era gerente, o qual não foi realizado. Dessa forma, recusando-se o ofendido a devolver o título, foi devidamente sustado o pagamento” (Ap. 818.060.3/3, 11.^a C., rel. Silveira Lima, 24.05.2006, v. u.).

59. Sustação do cheque: quando indevida, porque sem qualquer motivo justo, configura a modalidade prevista na segunda parte do inciso: *frustrar o pagamento*.

60. Cheques sem fundos emitidos para pagar dívida de jogo: não configura o cri-

me, pois é inexigível judicialmente a dívida proveniente de jogo ilícito (art. 814, Código Civil: “As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”). Assim, o título emitido para pagamento de dívida não exigível, caso não seja compensado, deixa de configurar o delito, por ausência da intenção de fraudar. Não se pode lesionar o credor que não tem possibilidade jurídica de exigir o pagamento. Nesse prisma está a posição de Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 430-431), acrescentando, no entanto, que, “se o cheque é transmitido a terceiro de boa-fé, por simples tradição ou endosso, ocorre a responsabilidade penal, pois a ilicitude da causa que o originou não pode ser oposta ao terceiro que a ignora; ela vigora apenas entre as partes primitivamente em contato”. Com a devida vênia, não concordamos com essa postura. Deve-se verificar o dolo e o elemento subjetivo do tipo específico, para efeito de configuração do crime, no instante da emissão do cheque, e não posteriormente. Se o cheque foi emitido para “pagamento” de dívida de jogo, certo o emitente de que não possuía suficiente provisão de fundos, mas também de que a dívida não era exigível, uma vez que ilícito o jogo, não se pode falar na intenção de *fraudar* o credor. Como dissemos, *credor* essa pessoa não pode ser considerada, porque não pode proceder juridicamente à cobrança. Assim, não havendo *obrigação de pagamento*, inexistente o crime. E se assim é, ou seja, se a *emissão* do cheque deixa de ser considerada delito porque feita para “cobrir” dívida ilegal de jogo, não se pode sustentar que, passado o título adiante, torne-se crime simplesmente porque outra pessoa apresentou o título. Afinal, o ânimo do agente é um só e a emissão tem sempre uma finalidade bem clara, de forma que o rumo do título de crédito é

irrelevante. Se um terceiro de boa-fé aceitou o cheque, que lhe foi passado por um jogador, deixando de receber o montante por falta de provisão de fundos, trata-se de um ilícito civil, que deve ser resolvido fora da esfera penal. No sentido que defendemos, a lição de Dirceu de Mello: “Nem alteraria o panorama o eventual endosso do cheque a terceiro de boa-fé. Por ausência do *animus lucri faciendi*, continuaria, em casos assim, não criminosa a frustração levada a cabo pelo emitente, de quem apenas a responsabilidade civil se poderia discutir” (*Aspectos penais do cheque*, p. 106). Em sentido contrário, afirmando que a emissão de cheque sem fundos, ainda que feita para pagar dívida de jogo, é crime, está a posição de Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 250).

61. Cheque sem fundos emitido para pagar atividade de prostituição:

não configura crime. Do mesmo modo que a dívida de jogo, a prostituição é conduta ilícita. Embora não configure infração penal, por ausência de tipo penal específico, não quer dizer que seja conduta moral ou ética. Logo, o direito não lhe pode dar respaldo, inexistindo possibilidade jurídica para o agente da prostituição cobrar, judicialmente, o que entende ser devido. A doutrina – antiga ou atual – sempre negou validade, não o reconhecendo como jurídico, ao ato de fins ilícitos, incluídos nestes os que atentem contra a moral e bons costumes. Reveja-se a lição de Clóvis Beviláqua: “A declaração de vontade deve ser conforme aos fins éticos do direito, que não pode dar apoio a intuítos imorais, cercar de garantias combinações contrárias aos seus preceitos fundamentais. O ato jurídico há de ser lícito, por definição (art. 81) [atual art. 185]. Conseqüentemente, se o objeto do ato for ofensivo da moral ou das leis de ordem pública, o direito não lhe reconhece

validade” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, p. 329). Atualmente, escrevem João Baptista de Mello e Souza Neto e Rogério Marrone de Castro Sampaio no mesmo prisma, destacando não poder o direito resguardar atos ou avenças considerados imorais ou contrários à ordem pública e aos bons costumes. Diz o primeiro autor: “Como o Direito não pode respaldar finalidades imorais, também retira do ato os efeitos se a *finalidade deste for ilegal*. Assim, não se poderia cogitar de contrato de prestação de serviços de homicídio como válido, dada a ilicitude do objeto. É da própria estrutura do ato jurídico sua ilicitude, como dispõe o art. 81 do CCivil [atual art. 185]” (*Direito civil – Parte geral*, p. 70). E leciona o segundo, tratando dos contratos: “Também deve ser lícito o objeto, o que vale dizer, conforme à moral, à ordem pública e aos bons costumes. Assim, são ilícitas as convenções que visem à prática de lenocínio ou atentem contra a economia popular” (*Direito civil – Contratos*, p. 23). Se assim é, o que mencionamos no tocante à dívida de jogo deve ser aplicado neste contexto. Ao emitir um cheque sem suficiente provisão de fundos para agente da substituição, o sujeito não pretende *fraudar credor*, pois não é reconhecida esta condição ao beneficiário do título de crédito. O crime do art. 171, VI, não tem por finalidade proteger a segurança conferida pelo cheque, nem tampouco sua autonomia como título, mas sim o patrimônio alheio, evitando-se perdas por conta da insuficiente provisão de fundos. Assim, do mesmo modo que o agente da substituição não pode cobrar judicialmente o valor dos seus serviços, porque ilícitos, não se pode considerar tenha agido com *fraude no pagamento* o emitente do cheque sem fundos.

62. Cheque sem fundos emitido em substituição de outro título de crédito:

não configura crime, pois o credor aceitou um título em substituição a outro, não pago. Jamais pode alegar que foi ludibriado, uma vez que confiou no emitente do cheque, já devedor de outro título de crédito. É apenas um ilícito civil. Entretanto, se o cheque foi emitido para o *pagamento* de um outro título de crédito, como uma duplicata, cremos existir o delito, pois o credor pode ser perfeitamente enganado. Crê estar recebendo o valor, dá quitação e vê frustrado o pagamento.

63. Objetos material e jurídico: o objeto material é o cheque emitido sem fundos ou cujo pagamento foi frustrado; o objeto jurídico é o patrimônio.

64. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima). A despeito de existirem alguns posicionamentos defendendo a natureza formal do delito, é certo que, exigindo-se o elemento subjetivo específico (vontade de fraudar), não há possibilidade de se aceitar tal corrente. O crime é, majoritariamente, considerado material (ver Dirceu de Mello, *Aspectos penais do cheque*, p. 98-102). Em contrário: “Trata-se *in casu* de crime formal, que se consuma, pois, no ato da entrega do título ao tomador. Esse momento, repita-se, é que se liga imediatamente à conduta do agente. Irrelevante é o que assinala a rubrica do texto, não servindo como elemento de caracterização da natureza do crime” (Walter Vieira do Nascimento, *A embriaguez e outras questões penais (doutrina – legislação – jurisprudência)*, p. 65); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“emitir” e “frustrar” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo

impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora seja rara. Neste caso, como explica Dirceu de Mello, seria a “emissão sem fundos, já no ato doloso da feitura e entrega do cheque ao beneficiário, que, por motivos alheios à vontade do agente, não evoluísse para o aperfeiçoamento do delito, com a recusa do pagamento pelo sacado” (*Aspectos penais do cheque*, p. 59).

65. Causa de aumento de pena: o tipo penal prevê um aumento definido por uma cota única (um terço), configurando uma causa de aumento da pena. No entanto, costuma-se chamar tal hipótese de *estelionato qualificado*, visto ser a causa de aumento uma *qualificadora em sentido amplo*.

66. Entidade de direito público: consoante preceitua o art. 1.º, § 2.º, II, da Lei 9.784/99, entidade é “a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica”. Portanto, o universo das entidades de direito público é constituído das pessoas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), assim como das autarquias e fundações públicas.

67. Súmula 24 do Superior Tribunal de Justiça: “Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3.º do art. 171 do Código Penal”.

68. Instituto de economia popular, assistência social ou beneficência: são as

entidades de direito privado, não abrangidas pela primeira parte, que têm fins beneméritos e, conseqüentemente, merecem maior proteção.

Duplicata simulada

Art. 172. Emitir⁶⁹⁻⁷⁰ fatura, duplicata ou nota de venda^{71-72-A} que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.⁷³⁻⁷⁶

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar⁷⁷ a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas.⁷⁸

69. Análise do núcleo do tipo: *emitir* significa colocar em circulação.

70. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é quem expede a fatura, duplicata ou nota de venda; o sujeito passivo é o receptor, seja ele quem desconta a duplicata ou a pessoa contra a qual se saca a duplicata, fatura ou nota de venda. Não se incluem, conforme doutrina majoritária, nem o avalista, nem o endossatário.

71. Fatura, duplicata e nota de venda: *fatura* é “a escrita unilateral do vendedor e acompanha as mercadorias, objeto do contrato, ao serem entregues ou expedidas. Ela não é mais do que a nota descritiva dessas mercadorias, com indicação da qualidade, quantidade, preço e outras circunstâncias de acordo com os usos da praça. Não é título representativo da mercadoria” (Carvalho de Mendonça, citado por Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, v. 2, p. 430). *Duplicata* é o título de crédito sacado com correspondência à fatura, visando à circulação, espelhando uma compra e venda mercantil. *Nota de venda* é o documento emitido por comerciantes para atender ao

fisco, especificando a quantidade, a qualidade, a procedência e o preço das mercadorias que foram objeto de transação mercantil.

72. Triplicata: emite-se a chamada *triplicata* em substituição à duplicata que tenha sido extraviada ou subtraída. Cremos, pois, que se trata de uma “duplicata em 2.^a via”, o que permite a configuração do delito. Há posição em contrário, não aceitando a triplicata como objeto material do crime do art. 172.

72-A. Exigência de apresentação da duplicata para a comprovação do crime: o crime previsto no art. 172, que cuida da duplicata simulada, é infração que deixa vestígios materiais, motivo pelo qual não prescinde da apresentação do título, que constitui o elemento indispensável para a formação do corpo de delito. Conferir: TACRIM-SP (atual TJSP): “A emissão de duplicata simulada é daqueles delitos que deixam vestígio e, assim, a apresentação do título emitido é imprescindível para provar sua existência e que ela não corresponde à venda de nenhuma mercadoria. Não havendo, portanto, prova da existência do crime, que se demonstra, repete-se, com a duplicata dita simulada, inexistente justa causa para a ação penal, devendo, por conseguinte, ser trancada a ação penal instaurada contra o paciente e a co-ré” (HC 441.296/5, São Paulo, 4.^a C., rel. João Morenghi, 10.06.2003, v. u.).

73. Não correspondência à mercadoria vendida em quantidade ou qualidade ou ao serviço prestado: a situação narrada pelo tipo penal espelha uma falta de sintonia entre a venda efetivamente realizada e aquela que se estampa na fatura, duplicata ou nota de venda. Assim, pode o comerciante alterar os dados quantitativa (ex.: vende um objeto e faz inscrever ter

vendido dois) ou qualitativamente (ex.: vende cobre e faz constar ter vendido ouro). O mesmo pode ser feito pelo prestador de serviços, que altera significativamente o que fez. Ocorre que, por uma imprecisão lamentável, deixou-se de constar *expressamente* no tipo que a emissão de fatura, duplicata ou nota por venda ou serviço inexistente também é crime. Mencionou-se a emissão que não corresponda à *mercadoria vendida* ou ao *serviço prestado*, como se efetivamente uma venda ou um serviço tivesse sido realizado. Não faria sentido, no entanto, punir o emitente por alterar a quantidade ou a qualidade da venda feita e não punir o comerciante que *nenhuma venda* fez, emitindo a duplicata, a fatura ou a nota assim mesmo. Portanto, é de se incluir nesse contexto a “venda inexistente” ou o “serviço não prestado”. Trata-se de decorrência natural da interpretação extensiva que se pode – e deve – fazer do tipo penal.

74. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

75. Objetos material e jurídico: o objeto material é a fatura, duplicata ou nota sem correspondência à venda ou ao serviço; o objeto jurídico é o patrimônio.

76. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima). Nessa ótica: STJ: RHC 15.761-RS, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v. u., DJ 08.11.2004, p. 249; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“emitir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a

aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato é suficiente para colocar o título em circulação, não se exigindo outro resultado além deste); não admite tentativa.

77. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* significa alterar ou modificar fraudulentamente. É a falsidade ideológica neste contexto, ou seja, inscrevem-se no livro dados não correspondentes à realidade. *Adulterar* quer dizer viciar ou mudar o conteúdo, valendo o paralelo com a falsidade material, ou seja, modifica-se o dado correto, substituindo-o pelo incorreto.

78. Livro de Registros de Duplicatas: é o livro obrigatório do comerciante, onde deve escriturar em ordem cronológica as duplicatas emitidas, contendo todos os dados que as possam identificar com perfeição.

Abuso de incapazes

Art. 173. Abusar,⁷⁹⁻⁸⁰ em proveito próprio ou alheio,⁸¹ de necessidade, paixão ou inexperiência⁸² de menor, ou da alienação ou debilidade mental⁸³ de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico,⁸⁴ em prejuízo próprio ou de terceiro;⁸⁵⁻⁸⁶

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

79. Análise do núcleo do tipo: há duas condutas, que devem estar unidas: *abusar* (exorbitar, exagerar ou utilizar de modo inconveniente) e *induzir* (dar a idéia, inspirar).

80. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito

passivo é somente o menor, o alienado ou o débil mental.

81. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente em agir para *proveito próprio ou alheio*.

82. Necessidade, paixão ou inexperiência: *necessidade* é aquilo que não se pode dispensar, que é essencial para a pessoa; *paixão* significa uma emoção exacerbada, que termina por suplantar a própria razão; *inexperiência* é a falta de prática de vida ou de habilidade em determinada função.

83. Menor, alienado ou débil mental: o menor é aquele que ainda não completou 18 anos, seguindo-se a orientação do Código Penal (são incapazes de compreender o caráter ilícito do fato ou de comportar-se conforme esse entendimento).

84. Ato suscetível de produzir efeito jurídico: significa a prática de qualquer conduta suficiente para gerar efeitos danosos ao patrimônio da vítima (menor, alienado ou débil mental). Ex.: convencer o menor a adquirir um bem inexistente. Diante da sua nítida inexperiência de vida, além de estar ciente de que os desejos de uma pessoa imatura são muito mais fortes do que a razão recomenda, o agente consegue auferir vantagem indevida (é o *efeito jurídico*), causando *prejuízo próprio ou a terceiro*.

85. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa ludibriada; o objeto jurídico é o patrimônio.

86. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima, embora seja possível isto ocorrer);

de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“abusar” e “induzir”) implicam em ações e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Induzimento à especulação

Art. 174. Abusar,⁸⁷⁻⁸⁸ em proveito próprio ou alheio,⁸⁹ da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem,⁹⁰ induzindo-o à prática de jogo ou aposta,⁹¹ ou à especulação com títulos ou mercadorias,⁹² sabendo ou devendo saber que a operação é ruínosa.⁹³⁻⁹⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

87. Análise do núcleo do tipo: ver nota 79 ao artigo anterior.

88. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o passivo há de ser pessoa inexperiente, simples ou mentalmente inferiorizada.

89. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exigem-se, no entanto, duas outras formas de elementos subjetivos do tipo específico, que são o “abusar em proveito próprio ou alheio” e “sabendo ou devendo saber que a operação é ruínosa”. Neste último caso, cremos tratar-se de uma nítida sinalização para a ocorrência tanto do dolo direto (“sabe”) como do dolo eventual (“deve saber”). No caso da interpretação da expressão “deve saber” – toda vez que surge num tipo penal –, há muita polêmica. Muitos se posicionam

pela adoção do dolo indireto ou eventual – o que achamos mais coerente, visto que a culpa deve ser *expressa*, e não presumida –, enquanto outros preferem dizer tratar-se de culpa (tendência adotada por Hungria, Noronha, entre outros). Ocorre que, a despeito disso, no caso presente, tornar-se-ia uma grave contradição afirmar a existência de um crime de *fraude culposa*. Ao mesmo tempo em que se exige o dolo de *abusar, em proveito próprio ou alheio*, estar-se-ia permitindo a invasão no tipo nitidamente doloso de um elemento estranho, que é a culpa, caso fosse interpretada como tal a expressão “devendo saber”. Assim, posiciona-se a doutrina de forma praticamente unânime, neste tipo penal, pela aceitação das formas direta e eventual do dolo, mas não da culpa. Torna-se, pois, mais um dado relevante para sustentar o desapego com a técnica que possui a expressão “deve saber” (ou “devendo saber”), razão pela qual preferimos, sempre, dar-lhe o significado de dolo eventual, mas jamais de culpa.

90. Inexperiência, simplicidade e inferioridade mental: a *inexperiência* é caracterizada pela falta de vivência, própria das pessoas de pouca idade ou ingênuas; a *simplicidade* fundamenta-se pela franqueza, sinceridade e falta de afetação ou malícia nas atitudes, o que é típico de pessoas crédulas e confiantes no bom caráter alheio; a *inferioridade mental* deve ser interpretada, nos dias atuais, simplesmente como a situação de pessoas portadoras de doenças mentais ou algum tipo de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Outras formas de inferioridade mental devem ser incluídas na inexperiência ou na simplicidade. Cremos que alargar o conceito de *inferioridade mental*, quando se defende a igualdade e o respeito às pessoas, é discriminatório. Noronha sustentava, à sua época, ser possível encaixar a mulher nessa situação, pois ela “freqüentemente não é aparelhada contra a astúcia ou

amanha dos espertalhões e sabidos” (*Direito penal*, v. 2, p. 450). Talvez assim fosse, o que não mais se justifica na atualidade. Inexiste, para os padrões de sociedade globalizada, pessoa mentalmente inferior que se possa identificar pelo sexo, pela idade, pela raça, pela religião, entre outros. Insistir nessa avaliação do tipo penal é resvalar no preconceito e na discriminação.

91. Prática de jogo ou aposta: uma das condutas principais, previstas no tipo penal, é o induzimento (dar a idéia, incentivar) o inexperiente, o simplório e o mentalmente inferiorizado a praticar jogos ou apostas. Sabe-se que os jogos são, na sua grande maioria, atividades físicas ou mentais organizadas por um sistema de regras que privilegiam sorte ou azar. Não se está falando, é óbvio, dos jogos esportivos, onde prevalece a habilidade, o treino e a capacidade individual. O mesmo se diga das apostas, que beiram o mero desafio, também calcado na sorte ou no azar em grande parte. O Estado deveria, se quisesse de fato resolver essas situações de risco para o sujeito inexperiente, simplório ou mentalmente inferiorizado, proibir o jogo que não lhe interessar de maneira *severa e efetiva*, fiscalizando devidamente. Seria, pois, desnecessário um tipo penal de “induzimento à especulação”, pois toda pessoa que jogasse, apostasse ou simplesmente participasse, de qualquer modo, de jogos ou apostas de azar estaria incursa no tipo penal. Mas o próprio Estado incentiva o jogo de azar e apostas em várias modalidades, desde que oficiais, o que torna mais difícil qualquer atuação nesse âmbito. Assim, deve-se compreender o crime de “induzimento à especulação” como um mal necessário, ou seja, já que não se consegue coibir o jogo ou a aposta, pelo menos se busca preservar o patrimônio daqueles que, por si sós, não conseguem distinguir o risco que correm ao jogar ou apostar.

92. Especulação com títulos ou mercadorias: *especular* é explorar ou auferir vantagens aproveitando-se de determinada condição ou posição. Não é atividade lucrativa, na grande maioria dos casos, para pessoas inexperientes, simplórias ou mentalmente inferiorizadas, de forma que a lei busca protegê-las dos inescrupulosos. Note-se que, no caso presente, é preciso que o agente saiba ou deva saber que está lançando a vítima em operação ruinosa. Entretanto, se, por mero acaso, a operação, que era para ser ruinosa, termina lucrativa, o delito não está afastado, pois se trata de crime formal. Consuma-se com a prática da conduta, independentemente do resultado naturalístico que possa ocorrer. Assim, se o sujeito passivo experimentar prejuízo efetivo, trata-se de mero exaurimento.

93. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa inexperiente, simples ou mentalmente inferiorizada que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é o patrimônio dessa pessoa.

94. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma vinculada (o abuso é restrito ao induzimento ao jogo ou aposta e à especulação com títulos ou mercadorias); comissivo (“induzir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Fraude no comércio

Art. 175. Enganar,⁹⁵ no exercício de atividade comercial,⁹⁶⁻⁹⁷ o adquirente ou consumidor:⁹⁸

I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;⁹⁹

II – entregando uma mercadoria por outra.¹⁰⁰

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 1.º Alterar¹⁰¹ em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade:¹⁰²

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 2.º É aplicável o disposto no art. 155, § 2.º.¹⁰³

95. Análise do núcleo do tipo: *enganar* significa induzir em erro, disfarçar ou esconder. Trata este tipo penal de crime de estelionato próprio do comerciante. Há, ainda, o complemento do verbo principal, previsto no *caput*, nas modalidades “vender” e “entregar”, estampadas nos incisos.

96. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o comerciante, que esteja na sua atividade de comércio, não sendo cabível a aplicação do tipo quando o indivíduo atuar em relações particulares, fora do âmbito profissional. O sujeito passivo só pode ser o adquirente ou o consumidor.

97. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

98. Objetos material e jurídico: o objeto material é a mercadoria falsificada, deteriorada ou substituída. No caso do § 1.º, é a pedra ou o metal modificado. O objeto jurídico é o patrimônio.

99. Venda de mercadoria falsa, como verdadeira, e de mercadoria deteriorada, como perfeita: note-se que a simples venda de uma mercadoria falsificada, crendo o comerciante que está alienando algo verdadeiro, não serve para configurar o delito, uma vez que o verbo “enganar” exige a vontade de ludibriar o comprador, configurando figura semelhante ao estelionato. O mesmo se diga do comerciante que vende mercadoria deteriorada, pensando estar em perfeitas condições. Quanto ao objeto material, é preciso lembrar que nem toda mercadoria se encaixa neste tipo penal, estando excluídas as que possuírem tipificação especial, como os delitos contra a saúde pública (ex.: art. 272, § 1.º-A, que cuida da venda de substância alimentícia adulterada). Por outro lado, embora parte da doutrina entenda que o inciso I do art. 175 foi revogado pelo art. 7.º, III, da Lei 8.137/90 (Crimes contra as relações de consumo), cremos que ele continua em vigor. O inciso II trata da venda de uma mercadoria falsificada como se fosse verdadeira e de uma mercadoria deteriorada como se fosse perfeita, ou seja, é uma autêntica *substituição* de uma coisa por outra, enquanto o inciso III do art. 7.º da referida lei cuida da mistura de “gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros”, bem como da mistura de “gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo”. Com a devida vênia, substituir uma coisa por outra é diferente de misturar coisas. Assim, quem vende uma seda misturada a outro tecido menos nobre praticaria a conduta da lei especial, enquanto quem substituísse a seda pelo tecido menos nobre responderia pelo Código Penal. Ainda que sutil a diferença, cremos persistir o tipo penal do art. 175, II.

100. Entrega de uma mercadoria por outra: é a substituição maliciosa de uma determinada mercadoria pelo comerciante, provavelmente de maior valor, por outra de menor valor, causando prejuízo patrimonial ao adquirente.

101. Análise do núcleo do tipo: o § 1.º prevê outra figura típica de fraude no comércio, que não se confunde com a prevista no *caput*, embora guarde a mesma raiz, que é ludibriar o adquirente ou consumidor. Refere-se o tipo a *alterar* (modificar ou transformar), *substituir* (trocar um por outro) e *vender* (alienar por um preço), quando se tratar dos seguintes casos: a) *alterar, em obra encomendada o que é, em regra, atividade típica de joalheiros, a qualidade ou o peso de um metal*: assim, o agente modifica a qualidade do metal, retirando a parte valiosa, para inserir material menos valioso, causando prejuízo ao ofendido, ou retira, em seu benefício, do material originalmente entregue pela vítima para o trabalho, parte do seu peso, provocando, também, prejuízo patrimonial; b) *substituir, em obra encomendada, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor*: leva-se em conta, naturalmente, o trabalho do agente que lida com pedras preciosas, tal como o joalheiro, que recebe a incumbência de realizar alguma tarefa específica com jóia alheia e termina por prejudicar o proprietário da pedra, porque a substitui por uma falsa ou por outra menos valiosa; c) *vender pedra falsa por verdadeira*: é a conduta do comerciante de jóias que, por exemplo, aliena uma pedra brilhante e bem lapidada, mas sem valor, como se fosse diamante; d) *vender como precioso metal de outra qualidade*: trata-se da substituição, para venda específica, de metal precioso por outro de qualidade inferior e sem o mesmo valor.

102. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo

qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

103. Figura privilegiada: vide nota ao art. 155, § 2.º.

Outras fraudes

Art. 176. Tomar ¹⁰⁴⁻¹⁰⁵ refeição em restaurante, ¹⁰⁶ alojar-se em hotel ¹⁰⁷ ou utilizar-se de meio de transporte ¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ sem dispor de recursos para efetuar o pagamento: ¹¹⁰⁻¹¹³

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação, ¹¹⁴ e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. ¹¹⁵

104. Análise dos núcleos do tipo: há três crimes previstos neste tipo penal: a) *tomar* refeição significa comer ou beber em restaurante, almoçando, jantando ou somente lanchando; b) *alojar-se* em hotel quer dizer hospedar-se, sujeito ao pagamento de um preço, normalmente calculado em diárias; c) *utilizar-se* de meio de transporte é empregar um meio de transporte pago para deslocar-se de um lugar para outro (ex.: táxi, ônibus, carro de aluguel, entre outros). A descrição típica, ao valer-se da fórmula

alternativa (tomar refeição, alojar-se em hotel *ou* utilizar-se de meio de transporte), parece indicar um tipo misto alternativo, ou seja, seria irrelevante que o agente praticasse uma ou mais condutas, pois o crime seria sempre único. Não pode ser desse modo interpretado o tipo penal do art. 176, sob pena de se favorecer, desmedidamente, a fraude. Se o agente alojar-se em um hotel de determinada cidade, tomar refeição em um restaurante estranho ao hotel e valer-se de um táxi para o seu deslocamento, sem recursos para efetuar o pagamento, estará prejudicando três vítimas diferentes, portanto, três patrimônios diversos terão sido ofendidos. Assim, cremos configurados três delitos, em concurso material.

105. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo necessita ser o prestador do serviço.

106. Restaurante: exige o tipo penal ocorra a refeição em restaurante (local onde se servem comida e bebida) e, em tese, não seria possível estender o conceito para lugares diversos, como bares, cantinas de escolas, estações de trem ou quartéis, boates, entre outros. Se a fraude fosse cometida nestes estabelecimentos, seria aplicável a forma fundamental do estelionato (art. 171, *caput*). Ocorre que a pena do estelionato é muito maior do que a prevista no tipo do art. 176, de forma que não teria cabimento o sujeito tomar refeição num restaurante, sem recursos para pagar, e receber apenas uma multa (a pena é alternativa: detenção ou multa) e aquele que fizer o mesmo numa cantina de escola receber uma pena de reclusão e multa. Portanto, parece-nos perfeitamente possível interpretar *extensivamente* o conceito de restaurante, abrangendo todos os estabelecimentos que servirem comida e bebida. Não se pode admitir, no entanto, o próprio domicílio do agente, onde, atual-

mente, é possível haver a entrega de refeição produzida por restaurante.

107. Hotel: trata-se, também, em tese, de um conceito restrito, pois no tipo penal não se fala em estabelecimento análogo. Portanto, seria o local onde se alugam quartos por períodos pré-determinados, normalmente estabelecidos pelo mínimo de um dia. Ocorre que não tem cabimento algum punir quem se aloja num hotel, por um dia, não dispondo de recursos para pagar, com uma simples multa (ou até perdendo a pena, como diz o parágrafo único do art. 176), aplicando-se a pena de reclusão e multa ao outro que se hospeda num motel, para um período de algumas horas. Assim, o conceito de hotel é *extensivo*, abrangendo motel, pensão, hospedaria, albergue, entre outros.

108. Meio de transporte: é todo aquele utilizado, normalmente, para conduzir pessoas de um determinado local a outro, mediante remuneração. Aliás, por uma questão de bom senso, é preciso que o transportador exija o pagamento depois do serviço efetuado, pois, caso contrário, não teria havido ilusão à boa-fé do ofendido. Uma pessoa que pague a passagem de avião (que sempre é adquirida antes de a viagem efetuar-se) com um cheque sem fundos, por exemplo, não responde por este tipo penal, e sim por outro delito. Entretanto, no caso do sujeito que, servindo-se de um táxi, ao final da corrida pague com cheque sem suficiente provisão de fundos, a questão é polêmica: há quem sustente haver o crime do art. 176, embora preferamos a segunda posição, que o faz responder pelo delito de emitir cheque sem suficiente provisão de fundos (art. 171, § 2.º, VI). O pagamento foi feito, embora com título de crédito imprestável para solver o débito, de forma que o delito é muito mais grave do que

simplesmente dizer ao taxista que não tem dinheiro para pagar. A fraude foi mais séria, porque a ilusão perpetuou-se. Se dissesse não ter dinheiro, poderia imediatamente ser levado a uma delegacia de polícia, para as providências legais. Fazendo o pagamento com um cheque sem fundos, iludiu-se a vítima de tal maneira que ela acreditou estar recebendo o valor do serviço, sem qualquer ação imediata de sua parte. O ardil é mais grave naquele (art. 171, § 2.º, VI) do que neste (art. 176).

109. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de fraudar a vítima.

110. Sem dispor de recursos: é curial, para a configuração do tipo penal, que o agente *não possua* recursos suficientes para efetuar o pagamento. Qualquer outro tipo de divergência deve ser resolvido na esfera civil. Assim é o caso do cliente que discorda da conta que lhe foi apresentada ou que acreditou na possibilidade de pagar a conta com cartão ou com cheque, o que é refutado pelo estabelecimento. Enfim, toda vez que a polêmica envolver questões diversas da insuficiência de recursos para o pagamento, não há o crime do art. 176. É preciso, no entanto, verificar com o devido zelo se o agente, apesar de estar alegando não concordar com a conta apresentada, na realidade, não está escondendo a sua fraude de ter tomado refeição sem dispor de recursos para o pagamento.

111. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que presta o serviço e deixa de receber a remuneração devida; o objeto jurídico é o patrimônio.

112. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito

ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima). Há quem sustente, como Magalhães Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 467), ser o delito formal (mera atividade) e inadmissível a tentativa. Com a devida vênia, os verbos utilizados dão clara mostra de que não se trata de uma simples conduta, implicando sempre num resultado material. Tomar refeição é servir-se de alimento ou bebida, ingerindo-os; alojar-se em hotel significa a hospedagem e utilização efetiva do cômodo; utilizar meio de transporte é valer-se de um serviço de deslocamento qualquer. Portanto, sempre implica num uso de serviços ou bens alheios, o que, associado à falta de recursos para pagar, que também está no tipo expressamente, faz com que se deva classificar o delito como material. É, ainda, de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

113. Pendura: por força da tradição, acadêmicos de direito costumam, como forma de comemorar a instalação dos cursos jurídicos no Brasil (11 de agosto), dar penduras em restaurantes, tomando refeições sem efetuar o devido pagamento. Tem entendido a jurisprudência, neste caso, não estar configurada a hipótese do art. 176, pois, na sua grande maioria, são pessoas que têm dinheiro para quitar a conta, embora

não queiram fazê-lo, alegando “tradição”. Tratar-se-ia, pois, de um ilícito meramente civil. A esse respeito, confira-se: TACRIM/SP (atual TJSP): “É que a conta importou em Cz\$ 2.740,00 e a cada um dos pacientes caberia a importância de Cz\$ 62,27, quantia ínfima para a condição pessoal dos pacientes, todos estudantes de direito ou bacharéis, e que, portanto, caso inexistisse com um deles o numerário, poderiam assistir-se solidariamente, com grande facilidade. (...) Ora, como os pacientes tinham recursos para pagar a conta, o que houve foi calote e dano em nível de ilícito civil, como se sabe, que deve ser cobrado pelas vias comuns em ação competente. O propalado *animus jocandi* não é sequer questionado, porque, antes dele, a inexistência objetiva da figura típica do art. 176 exclui qualquer cogitação quanto à existência de materialidade criminal, sem, todavia, confrontar com o calote, que, evidentemente, ocorreu e que deve ser ressarcido pelas vias civis, juntamente com o dano” (RHC 456.609-9, São Paulo, rel. Fortes Barbosa, 13.11.1986, v. u., *Lex* 90/82). E também: TACRIM/SP (atual TJSP): “Percebe-se com nitidez que os recorrentes foram unicamente movidos pelo *animus jocandi*. Não houve dolo, consistente na consciência e vontade de praticar a ação sabendo que não dispunham de recursos para efetuar o pagamento. Não houve fraude, no sentido de ludibriar o comerciante, gerando nele a crença de uma situação financeira diversa da real. Simplesmente quiseram brincar, seguindo secular tradição dos estudantes do Largo de São Francisco, e não causar prejuízo a terceiro em proveito próprio. Brincadeira. Sem dúvida, reprovável, verdadeiro calote, que causou prejuízo ao comerciante. Dano, porém, reparável, através da competente ação civil, aliás já proposta pela vítima (fls. 112/114)” (RHC 426.297-9, São Paulo, rel. Gonzaga Franceschini, 14.04.1986, v. u.).

Ocorre que, na atualidade, o número dos estudantes de direito aumentou sensivelmente, provocando uma pesada carga para vários comerciantes do ramo de restaurantes, até porque alguns estabelecimentos, pela excelência dos seus serviços, são os mais procurados. Assim, conforme a situação aventada pelos estudantes, o grau do ardil utilizado (nem toda pendura é “diplomática”, ou seja, previamente declarada ao comerciante) e, principalmente, o prejuízo causado, pode-se, até, situar a questão no contexto do estelionato (art. 171, *caput*). Os costumes gerados pela força da tradição não podem olvidar a mudança dos tempos e a nova realidade social e econômica que o País atravessa, pois os hábitos, de um modo geral, não são permanentes e definitivos. Portanto, cremos que o comerciante ludibriado por estudantes que não desejem simplesmente comemorar o dia 11 de agosto, através de pedidos singelos e de valor razoável, mas sim causar um prejuízo de monta, como forma de dar demonstração de poder ou esperteza nos meios acadêmicos, deve ser considerado uma vítima do crime previsto no art. 171. Não é possível sustentar-se, eternamente, uma “tradição” que somente beneficia estudantes de direito, autorizando-os a tomar refeição em restaurantes, pouco importando o montante da conta, pretendendo desconhecer que o universo das faculdades de direito é outro, assim como a situação econômica geral. É evidente que, no estelionato, busca-se o nítido intuito de fraudar, de obter vantagem indevida em prejuízo alheio, o que pode não estar presente na conduta de alguns estudantes ao comemorar a data mencionada. Entretanto, é perfeitamente possível que a intenção seja outra, menos de comemoração de uma data e mais de animação pela fraude a ser perpetrada. Assim, conforme o caso, parece-nos razoável a concretização do crime de estelionato.

114. Ação penal pública condicionada: somente se a vítima oferecer representação está o Ministério Público autorizado a agir.

115. Perdão judicial: ver nota ao art. 107, IX, do Código Penal. Trata-se de uma hipótese específica de clemência do Estado, aplicável *conforme as circunstâncias*. Não tendo o legislador fornecido os requisitos para a concessão do perdão, resta à doutrina e à jurisprudência a tarefa de fazê-lo. Atualmente, considera-se que é preciso comprovar o seguinte: a) ser diminuto o valor do prejuízo sofrido pela vítima; b) ser o réu primário e ter bons antecedentes; c) ter personalidade positivamente avaliada; d) estar em *estado de penúria*, que significa ser pessoa pobre, mas isso não se confunde com o estado de necessidade, causa excludente de ilicitude. Naquele, a pessoa, embora de poucos recursos, não está em situação de extrema necessidade.

Fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações

Art. 177. Promover¹¹⁶⁻¹¹⁷ a fundação de sociedade por ações¹¹⁸ fazendo¹¹⁹ em prospecto ou em comunicação¹²⁰ ao público ou à assembléia,¹²¹ afirmação falsa sobre a constituição da sociedade, ou ocultando fraudulentamente fato a ela relativo.¹²²⁻¹²³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime contra a economia popular.¹²⁴

§ 1.º Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular:

I – o diretor, o gerente ou o fiscal de sociedade por ações,¹²⁵ que, em prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação¹²⁶ ao público ou à assembléia, faz¹²⁷⁻¹²⁸ afirmação falsa sobre as condições econômicas da sociedade, ou oculta fraudulentamente, no todo ou em parte, fato a elas relativo;¹²⁹⁻¹³⁰

II – o diretor, o gerente ou o fiscal¹³¹ que promove,¹³²⁻¹³³ por qualquer artifício,¹³⁴ falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade;¹³⁵⁻¹³⁶

III – o diretor ou o gerente¹³⁷ que toma empréstimo à sociedade¹³⁸ ou usa, em proveito próprio ou de terceiro,¹³⁹ dos bens ou haveres sociais,¹⁴⁰ sem prévia autorização da assembléia geral;¹⁴¹⁻¹⁴³

IV – o diretor ou o gerente¹⁴⁴ que compra ou vende,¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ por conta da sociedade,¹⁴⁷ ações por ela emitidas, salvo quando a lei o permite;¹⁴⁸⁻¹⁵⁰

V – o diretor ou o gerente¹⁵¹ que, como garantia de crédito social,¹⁵² aceita¹⁵³⁻¹⁵⁴ em penhor ou em caução¹⁵⁵ ações da própria sociedade;¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

VI – o diretor ou o gerente¹⁵⁸ que, na falta de balanço, em desacordo com este, ou mediante balanço falso,¹⁵⁹ distribui¹⁶⁰⁻¹⁶¹ lucros ou dividendos fictícios;¹⁶²⁻¹⁶³

VII – o diretor, o gerente ou o fiscal¹⁶⁴ que, por interposta pessoa,¹⁶⁵ ou conluiado com acionista,¹⁶⁶ consegue¹⁶⁷⁻¹⁶⁸ a aprovação de conta ou parecer;¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

VIII – o liquidante,¹⁷¹ nos casos dos ns. I, II, III, IV, V e VII;¹⁷²

IX – o representante da sociedade anônima estrangeira,¹⁷³ autorizada a funcionar no País, que pratica os atos mencionados nos ns. I e II, ou dá¹⁷⁴ falsa informação¹⁷⁵ ao Governo.¹⁷⁶⁻¹⁷⁸

§ 2.º Incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, o acionista¹⁷⁹ que, a fim de obter vantagem para si ou para outrem,¹⁸⁰ negocia¹⁸¹⁻¹⁸² o voto nas deliberações de assembléia geral.¹⁸³⁻¹⁸⁴

116. Análise do núcleo do tipo: *promover* significa gerar, provocar ou originar. Trata-se do crime cometido por quem constitui uma sociedade de ações fraudulentamente, omitindo dados relevantes sobre a sua criação, sobre o capital, sobre os recursos técnicos que possui, enfim, sobre qualquer elemento fundamental para a detecção da real “saúde” financeira da empresa, com

suas perspectivas de sucesso ou insucesso. A formação da sociedade pode se dar de forma simultânea (a subscrição é particular e os fundadores são os primeiros subscritores do seu capital, com qualquer número – Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, v. 2, p. 105) ou sucessiva (quando os fundadores lideram a constituição da sociedade, fazendo apelo público aos subscritores do capital – Requião, ob. cit., p. 105).

117. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o fundador da sociedade por ações; o sujeito passivo é qualquer pessoa que subscreva o capital.

118. Sociedade por ações: é a sociedade “cujo capital é dividido em frações, representadas por títulos chamados *ações*”. Há duas espécies: sociedade anônima e sociedade em comandita por ações (Requião, ob. cit., p. 1).

119. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Há posição contrária, exigindo o dolo específico, consistente no “intuito de constituir a sociedade” (Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2, p. 319; Damásio, *Código Penal anotado*, p. 619). Não se pode concordar com tal concepção, pois o mencionado *intuito de constituir a sociedade* é conduta ínsita ao verbo do tipo “promover”, ou seja, gerar. Basta, pois, o dolo. No sentido que defendemos: Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 379).

120. Prospecto ou comunicação: *prospecto* é o material impresso e *comunicação* é qualquer forma de transmitir uma mensagem, usando o meio escrito ou falado.

121. Público ou assembléia: o público é constituído das pessoas que poderão subs-

crever o capital social, enquanto a assembléia é o agrupamento que está formando a sociedade.

122. Objetos material e jurídico: o objeto material é o prospecto ou a comunicação que contém a afirmação falsa ou a omissão fraudulenta; o objeto jurídico é o patrimônio.

123. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“fazer afirmação” implica em ação) ou omissivo (“ocultar fato” é omissão); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (vários atos integram a conduta); admite tentativa na modalidade comissiva.

124. Tipo penal subsidiário: estipula-se que o crime do art. 177, *caput*, somente deve ser considerado se não se configurar delito contra a economia popular. Tendo em vista que os crimes contra a sociedade por ações são, em regra, infrações penais contra a economia do povo, surge um impasse. A solução pode ser encontrada na lição de Magalhães Noronha: “Em se tratando de sociedade por ações, parece-nos necessário o exame de que o fato tenha lesado ou posto em perigo as *pequenas economias de um grande, extenso e indefinido número de pessoas*. Assim, se o fato é enquadrável no art. 177 do Código e em dispositivos da Lei 1.521, de 1951, que substituiu o Decreto-lei 869, de 1938, mas se a lesão real ou potencial atinge apenas a uma ou duas dezenas de pessoas ricas ou de magnatas que subcreveram *todo* o capital social, cremos que

muito mal o delito poderia ser considerado contra a *economia do povo*. Ao contrário, se a subscrição fosse feita por avultado e extenso número de pessoas que, com seus mínguaos recursos, subscreveram uma ou outra ação, a ofensa patrimonial seria dirigida contra a economia popular. Numa hipótese, temos pequeno grupo de pessoas prejudicado, noutra é, a bem dizer, o *povo*, tal o número de lesados que sofre o dano” (*Direito penal*, v. 2, p. 469).

125. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o diretor, o gerente ou o fiscal da sociedade por ações. O sujeito passivo é qualquer pessoa.

126. Instrumento de execução: *prospecto* (material impresso), *relatório* (narração, verbal ou escrita, pormenorizada, daquilo que se observa), *parecer* (opinião, geralmente técnica, de alguém), *balanço* (resumo de contas, contendo receita e despesa) ou *comunicação* (transmissão de uma mensagem por meio escrito ou falado) são os mecanismos válidos para a configuração do tipo penal.

127. Análise do núcleo do tipo: o art. 177 possui vários delitos agrupados. O primeiro, constante no *caput*, diz respeito à formação fraudulenta da sociedade por ações, enquanto no § 1.º, através de vários incisos, há outras figuras típicas. A prevista no inciso I concerne ao delito de falsa cotação das ações da sociedade. Prevê duas condutas: *fazer afirmação falsa* (mentir, iludir) e *ocultar fraudulentamente* (esconder com a intenção de iludir) dados relevantes relativos às condições econômicas da sociedade. Assim agindo, continua a sociedade a captar recursos em prejuízo alheio.

128. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

129. Objetos material e jurídico: o objeto material é o prospecto, o relatório, o parecer, o balanço ou a comunicação que contém a falsidade ou a omissão fraudulenta. O objeto jurídico é o patrimônio.

130. Classificação: vide nota 123 ao *caput*.

131. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o diretor, o gerente ou o fiscal da sociedade por ações. O sujeito passivo é o sócio ou qualquer outra pessoa que possa subscrever ações.

132. Análise do núcleo do tipo: *promover*, como já vimos, é gerar ou dar causa. No caso presente, a conduta volta-se à falsa cotação das ações ou de outros títulos da sociedade (como as debêntures, que são títulos de crédito representativos de frações do valor de contrato de mútuo gerado no mercado de capitais), fazendo com que exista uma irreal visualização do seu preço.

133. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

134. Qualquer artifício: trata-se de um meio de execução genérico. Pode o sujeito agir de qualquer maneira, desde que se sirva de um recurso engenhoso e hábil a enganar outrem.

135. Objetos material e jurídico: o objeto material são as ações ou outros títulos societários. O objeto jurídico é o patrimônio.

136. Classificação: vide nota 123 ao *caput*.

137. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o diretor ou o gerente da sociedade por ações. Os sujeitos passivos são a sociedade por ações e seus acionistas.

138. Análise do núcleo do tipo: *tomar empréstimo* (conseguir de alguém coisa em confiança, usando-a por um tempo, para depois restituí-la) sem autorização da sociedade é a primeira conduta típica; *usar* (servir-se de algum modo) os bens ou haveres sociais para seu proveito ou de outrem, sem autorização societária, é a segunda conduta.

139. Elemento subjetivo: é o dolo, inexistindo a forma culposa. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no intuito de agir “em proveito próprio ou de terceiro”.

140. Bens ou haveres sociais: é tudo o que compõe o patrimônio da sociedade, incluindo-se móveis e imóveis.

141. Elemento normativo do tipo: o que é fundamental neste tipo penal é o elemento diferenciador constituído pela *falta de autorização prévia* da assembleia geral. Portanto, tomar empréstimo ou usar bens ou haveres sociais, por si só, não é crime, desde que haja autorização para tanto.

142. Objetos material e jurídico: o objeto material é o empréstimo tomado à sociedade ou os bens ou haveres sociais; o jurídico é o patrimônio societário.

143. Classificação: vale o que foi exposto na nota 123 ao *caput*, com as seguintes adaptações: na forma *usar* o crime pode ser unissubsistente (praticado num único ato), de modo que não comporta tentativa.

144. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o diretor ou o gerente da sociedade por ações; os sujeitos passivos são a sociedade e os acionistas.

145. Análise do núcleo do tipo: *comprar* (adquirir por certo preço) ou *vender* (alienar mediante o recebimento de determi-

nado preço) ações emitidas pela sociedade são as formas típicas possíveis.

146. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

147. Por conta da sociedade: significa que a compra e venda é feita em nome da sociedade e não em nome de terceiro, vale dizer, o que é vedado é a transação feita pela sociedade com vista às suas próprias ações.

148. Elemento normativo do tipo: a compra e venda de ações, por si só, não constitui fato penalmente relevante, mas poderá tornar-se crime se “a lei não autorizar”. Este é o elemento de destaque da figura típica. Ver, ainda, o art. 30 da Lei 6.404/76: “A companhia não poderá negociar com as próprias ações. § 1.º Nessa proibição não se compreendem: *a*) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei; *b*) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social ou por doação; *c*) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea *b* e mantidas em tesouraria; *d*) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações o preço destas em bolsa for inferior ou igual à importância que deve ser restituída. § 2.º A aquisição das próprias ações pela companhia aberta obedecerá, sob pena de nulidade, às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários, que poderá subordiná-la a prévia autorização em cada caso. § 3.º A companhia não poderá receber em garantia as próprias ações, salvo para assegurar a gestão dos seus administradores. § 4.º As ações adquiridas nos termos da alínea *b* do § 1.º, enquanto mantidas em tesouraria, não terão direito a dividendo nem a voto.

§ 5.º No caso da alínea *d* do § 1.º, as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação”.

149. Objetos material e jurídico: o objeto material são as ações emitidas pela sociedade; o objeto jurídico é o patrimônio societário.

150. Classificação: ver nota 123 ao *caput*, aproveitando-se a classificação já feita.

151. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o diretor ou o gerente da sociedade. Os sujeitos passivos são a sociedade e os acionistas.

152. Garantia de crédito social: torna-se imprescindível que a sociedade tenha a receber um crédito de terceiro, ainda que acionista. Logo, aceitar as ações da própria sociedade para a garantia desse direito de receber determinada soma é nitidamente fraudulento, pois a pessoa não pode ser, ao mesmo tempo, credora e garantidora do crédito.

153. Análise do núcleo do tipo: *aceitar* significa estar de acordo em receber ações da sociedade, como garantia de penhor ou caução.

154. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa, nem elemento subjetivo do tipo específico.

155. Penhor e caução: *penhor* é um direito real que vincula uma coisa a uma dívida, tornando-se sua garantia; *caução* é o depósito efetivado como garantia de uma obrigação assumida.

156. Objetos material e jurídico: o objeto material são as ações da sociedade aceitas em penhor ou caução; o jurídico é patrimônio societário.

157. Classificação: ver nota 123 ao *caput*.

158. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o diretor ou o gerente da sociedade; os passivos são a sociedade e os acionistas.

159. Mecanismos de execução: há três possibilidades: a) haver falta de balanço; b) haver balanço, mas não ser respeitado no momento da distribuição dos lucros e dividendos; c) haver balanço falso. O cerne da conduta é proceder à distribuição dos lucros ou dos dividendos *fictícios*, ou seja, não correspondentes à realidade do caixa da sociedade.

160. Análise do núcleo do tipo: *distribuir* é entregar, atribuir, colocar à disposição. Nota-se, pois, que não há necessidade de haver real prejuízo para a empresa, mas sim a mera probabilidade de isso ocorrer.

161. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

162. Objetos material e jurídico: o objeto material são os lucros ou dividendos fictícios; o objeto jurídico é o patrimônio da sociedade ou dos acionistas.

163. Classificação: ver nota 123 ao *caput*.

164. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o diretor, o gerente ou o fiscal da sociedade por ações. Admite-se, no entanto, expressamente no tipo, a participação de acionista. Os sujeitos passivos são a sociedade e os acionistas.

165. Interposta pessoa: é o sujeito que surge na assembléia, onde se dá a aprovação das contas ou pareceres, para votar, embora não seja acionista habilitado a fazê-lo. É preciso que a interposta pessoa esteja vinculada ao diretor, gerente ou fiscal.

166. Conluio com acionista: é a participação expressamente prevista no tipo. Nesse caso, a pessoa que vota e aprova as contas é, realmente, acionista, embora esteja mancomunada com o diretor, gerente ou fiscal para prejudicar a sociedade ou os demais acionistas.

167. Análise do núcleo do tipo: *conseguir* (obter, alcançar) a aprovação de contas ou pareceres, através de votações fraudulentas na assembléia. Para configurar a fraude, exige-se que o que foi aprovado esteja em desacordo com a realidade.

168. Elemento subjetivo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige o elemento subjetivo do tipo específico.

169. Objetos material ou jurídico: o objeto material é a conta ou o parecer fraudulentamente aprovado; o objeto jurídico é o patrimônio societário.

170. Classificação: ver nota 123 ao *caput*.

171. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o liquidante da sociedade por ações. Os sujeitos passivos são a sociedade e os acionistas.

172. Tipo penal remetido: é o tipo penal que faz remissão a outros, de modo que, para conhecer o seu conteúdo, torna-se indispensável verificar outras condutas típicas. Valem, portanto, as mesmas observações já realizadas para os incisos anteriores.

173. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o representante de sociedade anônima estrangeira, em funcionamento no País. Os sujeitos passivos podem ser a sociedade, os acionistas (nos casos dos incisos I e II) ou o Estado (na conduta de “falsa informação ao Governo”).

174. Análise do núcleo do tipo: dar (fornecer, prestar ou emitir) informação não correspondente à realidade ao Governo, com a finalidade de fraudar a fiscalização ou algum interesse do Estado.

175. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

176. Objetos material e jurídico: nos casos dos incisos I e II, vide notas 129 e 135. Quanto à outra conduta (falsa informação), é objeto material a informação falsa prestada; os objetos jurídicos são o patrimônio societário e também a credibilidade das informações que interessam ao Estado.

177. Classificação: ver nota 123 ao *caput*.

178. Causa de extinção da punibilidade, prevista em norma especial: o art. 3.º do Decreto-lei 697/69 preceitua: “Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos no art. 177 do Código Penal para as omissões contábeis relativas a títulos registrados na forma do Dec.-lei 286, de 28 de fevereiro de 1967, ficando também assegurada a isenção das penalidades fiscais e cambiais decorrentes. Parágrafo único. Os benefícios previstos neste artigo não se aplicam aos diretores das empresas que não cumprirem, dentro do prazo fixado, as determinações do artigo anterior”.

179. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o acionista. Os sujeitos passivos são a sociedade e os demais acionistas.

180. Elemento subjetivo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de obter *vantagem para si ou para outrem*.

181. Análise do núcleo do tipo: *negociar* significa comerciar, fazer negócio ou ajuste, tendo por objeto o voto a ser dado em deliberações da assembléia geral. Pressupõe-se uma troca: o voto dado num ou noutro sentido para receber em retorno uma vantagem qualquer. O crime é formal, de modo que não exige resultado naturalístico, ou seja, o voto não precisa efetivamente prejudicar a sociedade, mas é indispensável que haja o intuito de lucro por parte do sujeito ativo.

182. Vigência do crime de negociação de voto: sustenta Magalhães Noronha que a Lei 6.404/76 revogou o disposto no § 2.º do art. 177, tendo em vista que tratou, expressamente, do *abuso* do direito de votar. O art. 115 teria disciplinado, no § 3.º (“O acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido”), a forma pela qual o acionista deve responder caso extrapole o seu direito. Além disso, o art. 118 prevê, expressamente, o direito de os acionistas negociarem o exercício do direito de voto – o chamado “acordo de acionistas” (*Direito penal*, v. 2, p. 480-481). Assim não nos parece, pois o *acordo de acionistas* e a punição civil estabelecida para quem abusar do direito de votar são insuficientes para revogar uma lei penal. Esta somente é considerada revogada de maneira expressa ou quando outra lei penal discipline inteiramente a matéria. O fato de haver possibilidade de o acionista ser responsável, respondendo pelos danos causados, pelo voto abusivo ou poder fazer acordos *lícitos* com outros acionistas não elide o delito, que tem por finalidade punir aquele que, fraudulentamente, busca obter vantagem para si ou para outrem em detrimento dos demais acionistas e da sociedade. Vale ressaltar, no entanto, o alerta feito por Mirabete: “O alcance do dispositivo restou diminuído com a Lei 6.404, que permite

o acordo de acionistas, inclusive quanto ao exercício do direito de voto (art. 118). Restará a incriminação quando a negociação não estiver revestida das formalidades legais ou contrariar dispositivo expresso da lei” (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 325).

183. Objetos material e jurídico: o objeto material é o voto negociado; o objeto jurídico é o patrimônio da sociedade e dos acionistas, pois a votação cabalada pode vir a prejudicar o futuro e a existência da sociedade. Há quem sustente ser a “lisura das assembléias gerais” (Damásio, *Código Penal anotado*, p. 625).

184. Classificação: ver nota 123 ao *caput*.

Emissão irregular de conhecimento de depósito ou warrant

Art. 178. Emitir¹⁸⁵⁻¹⁸⁷ conhecimento de depósito ou warrant,¹⁸⁸ em desacordo com disposição legal:¹⁸⁹⁻¹⁹¹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

185. Análise do núcleo do tipo: *emitir* significa colocar em circulação. Assim, quando os títulos de crédito referidos neste tipo penal forem endossados e passem a circular, caso haja ofensa a dispositivo legal, configura-se o crime.

186. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o depositário da mercadoria, obrigado a emitir os títulos de crédito, respeitadas as normas legais. O sujeito passivo é a pessoa detentora do título (endossatário ou portador), que foi lesada por conta da emissão irregular.

187. Elemento subjetivo: é o dolo. Inexiste a forma culposa. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico.

188. Conhecimento de depósito e warrant: são, na lição de Waldemar Ferreira, os chamados “*títulos armazeneiros*, que são emitidos pelas empresas de Armazéns Gerais e entregues ao depositante, que com eles fica habilitado a negociar as mercadorias em depósito, passando assim a circular, não as mercadorias, mas os títulos que as representam” (citação de Waldirio Bulgarelli, *Títulos de crédito*, p. 339). O conhecimento de depósito “é um título de representação e legitimação. Representa a mercadoria e legitima o seu portador como proprietário da mesma”. O *warrant*, por sua vez, é um “título de crédito causal, constituindo, como pensam Hamel, Lagarde e Jauffret, uma promessa de pagamento. O subscritor, de fato, ao mesmo tempo em que se obriga a pagar uma certa soma em dinheiro no vencimento, confere ao beneficiário e aos seus portadores sucessivos um penhor sobre mercadorias depositadas” (Rubens Requião, *Curso de direito comercial*, v. 2, p. 456). Portanto, em regra, os títulos devem andar juntos, mas nada impede que sejam negociados separadamente (art. 15 do Decreto 1.102, de 1903). Com o conhecimento de depósito em mãos, o depositante de mercadorias em um armazém pode negociá-las livremente, bastando endossar o título. Caso queira um financiamento, no entanto, pode dar as mercadorias depositadas como garantia, de forma que endossa, nesta hipótese, o *warrant*.

189. Norma penal em branco: necessita esta norma de um complemento para poder ser aplicada (sobre o conceito de *norma penal em branco*, ver nota ao art. 3.º). Assim, para saber se o crime do art. 178 está configurado é indispensável consultar a legislação aplicável ao conhecimento de depósito e ao *warrant*, a fim de saber se foram regular e licitamente emitidos. No caso, trata-se do Decreto 1.102, de 21 de novembro

de 1903. O art. 15, por exemplo, cuida dos requisitos para a emissão dos títulos, que, infringidos, pode levar à concretização do delito: “Os armazéns gerais emitirão, quando lhes for pedido pelo depositante, dois títulos unidos, mas separáveis à vontade, denominados – conhecimento de depósito e *warrant*. § 1.º Cada um destes títulos deve ter a ordem e conter, além da sua designação particular: 1) a denominação da empresa do armazém geral e sua sede; 2) o nome, profissão e domicílio do depositante ou de terceiro por este indicado; 3) o lugar e o prazo do depósito, facultado aos interessados acordarem, entre si, na transferência posterior das mesmas mercadorias de um para outro armazém da emitente, ainda que se encontrem em localidade diversa da em que foi feito o depósito inicial. Em tais casos, far-se-ão, nos conhecimentos e *warrants* respectivos, as seguintes anotações: a) local para onde se transferirá a mercadoria em depósito; b) para os fins do art. 26, § 2.º, as despesas decorrentes da transferência, inclusive as de seguro por todos os riscos; 4) a natureza e quantidade das mercadorias em depósito, designadas pelos nomes mais usados no comércio, seu peso, o estado dos envoltórios e todas as marcas e indicações próprias para estabelecerem a sua identidade, ressalvadas as peculiaridades das mercadorias depositadas a granel; 5) a qualidade da mercadoria, tratando-se daquelas a que se refere o art. 12; 6) a indicação do segurador da mercadoria e o valor do seguro (art. 16); 7) a declaração dos impostos e direitos fiscais, dos encargos e despesas a que a mercadoria está sujeita, e do dia em que começaram a correr as armazenagens (art. 26, § 2.º); 8) a data da emissão dos títulos e a assinatura do empresário ou pessoa devidamente habilitada por este. § 2.º Os referidos títulos serão extraídos de um livro de talão, o qual conterá todas as declarações acima mencionadas e o número

de ordem correspondente. No verso do respectivo talão o depositante, ou terceiro por este autorizado, passará recibo dos títulos. Se a empresa, a pedido do depositante, os expedir pelo Correio, mencionará esta circunstância e o número e data do certificado do registro postal. Anotar-se-ão também no verso do talão as ocorrências que se derem com os títulos dele extraídos, como substituição, restituição, perda, roubo etc. § 3.º Os armazéns gerais são responsáveis para com terceiros pelas irregularidades e inexactidões encontradas nos títulos que emitirem, relativamente à quantidade, natureza e peso da mercadoria”.

190. Objetos material e jurídico: o objeto material é o título de crédito emitido irregularmente; o objeto jurídico é o patrimônio.

191. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“emitir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (a emissão comporta um único ato); não admite tentativa.

Fraude à execução

Art. 179. Fraudar¹⁹²⁻¹⁹⁴ execução,¹⁹⁵ alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante queixa.¹⁹⁸

192. Análise do núcleo do tipo: *fraudar* significa lesar ou enganar com o fito de obter proveito. O verbo principal chama outros, formando cinco figuras compostas: a) fraudar alienando bens; b) fraudar desviando bens; c) fraudar destruindo bens; d) fraudar danificando bens; e) fraudar simulando dívidas. Note-se, pois, que está presente, sempre, a fraude, de modo que o credor, ao alienar parte de seus bens, por exemplo, durante um processo de execução, restando quantidade suficiente para satisfazer o débito, não comete o delito.

193. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o devedor (executado); o sujeito passivo é o credor (exequente).

194. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Há posição em sentido contrário, sustentando existir o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na *vontade de fraudar a execução* (ver Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 383). Ora, não podemos concordar, pois o verbo principal do tipo é *fraudar*, que, abrangido pelo dolo, configura, naturalmente, a vontade de enganar o credor. Exigir o elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico) é o mesmo que demandar a existência concomitante de duas vontades sobre o mesmo objeto, algo ilógico. Fraudar já é a intenção de iludir alguém, de modo que prescinde de elemento subjetivo específico.

195. Execução: é o processo instaurado para fazer cumprir, compulsoriamente, uma sentença condenatória. Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, o processo de execução é, do mesmo modo que o processo cognitivo, um “complexo de

posições jurídicas ativas e passivas que se sucedem dialeticamente através dos atos do procedimento” (*Execução civil*, v. 1, p. 100). Na execução, em especial, o juiz tem o poder de mandar citar o executado para pagar o devido, de ordenar a ampliação da penhora, de fiscalizar a administração dos bens penhorados, de emitir provimentos satisfativos ao exequente ou ao executado. Enfim, trata-se de um processo em que se busca, através da penhora de bens do executado, a satisfação da dívida do exequente. Portanto, a figura típica em questão tem por fim impedir que o devedor, através de atos fraudulentos, fuja à sua obrigação de pagar. Há posição, no entanto, com a qual não podemos concordar, sustentando ser possível a configuração do crime desde que exista processo de conhecimento instaurado e o réu já tenha sido citado. Dessa forma, se ele aliena, destrói, desvia ou danifica os bens, evitando, no futuro, pagar o que deve, cometeria o crime. Essa corrente não é a mais acertada, pois o tipo penal é bem claro: é preciso haver *execução*, o que não acontece no caso do processo cognitivo.

196. Objetos material e jurídico: o objeto material são tanto os bens alienados, desviados, destruídos ou danificados, como o processo de execução; o objeto jurídico é o patrimônio.

197. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea,

não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

198. Ação penal privada: a vítima deve ajuizar ação penal privada através da queixa-crime. Entretanto, a ação penal será pública incondicionada se a vítima for a União, o Estado ou o Município (art. 24, § 2.º, CPP).

Capítulo VII DA RECEPÇÃO

Recepção

Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar,¹⁻² em proveito próprio ou alheio,³ coisa⁴ que sabe ser produto de crime,⁵⁻⁶ ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.⁷⁻⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Recepção qualificada⁹

§ 1.º Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar,¹⁰ em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial,¹¹ coisa que deve saber¹² ser produto de crime.¹³⁻¹⁴

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2.º Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência.¹⁵

§ 3.º Adquirir ou receber¹⁶⁻¹⁷ coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço,¹⁸ ou pela condição de quem a oferece,¹⁹ deve presumir-se²⁰ obtida por meio criminoso.²¹

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa, ou ambas as penas.

§ 4.º A receptação é punível,²² ainda que desconhecido ou isento de pena²³ o autor do crime²⁴ de que proveio a coisa.

§ 5.º Na hipótese do § 3.º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.²⁵ Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2.º do art. 155.²⁶

§ 6.º Tratando-se de bens e instalações do patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista, a pena prevista no *caput* deste artigo aplica-se em dobro.²⁷

1. Análise do núcleo do tipo: o crime de receptação simples é constituído de dois blocos, com duas condutas autonomamente puníveis. A primeira – denominada *receptação própria* – é formada pela aplicação alternativa dos verbos *adquirir* (obter, comprar), *receber* (aceitar em pagamento ou simplesmente aceitar), *transportar* (levar de um lugar a outro), *conduzir* (tornar-se condutor, guiar), *ocultar* (encobrir ou disfarçar), tendo por objeto material coisa produto de crime. Nesse caso, tanto faz o autor praticar uma ou mais condutas, pois responde por crime único (ex.: aquele que adquire e transporta coisa produto de delito comete uma receptação). A segunda – denominada *receptação imprópria* – é formada pela associação da conduta de *influir* (inspirar ou insuflar) alguém de boa-fé a *adquirir* (obter ou comprar), *receber* (aceitar em pagamento ou aceitar) ou *ocultar* (encobrir ou disfarçar) coisa produto de crime. Nessa hipótese, se o sujeito influir para que a vítima adquira e oculte a coisa produto de delito, estará cometendo uma única receptação. Ocorre que a receptação, tal como descrita no *caput* do art. 180, é um tipo misto alternativo e, ao mesmo tempo, cumulativo. Assim, adquirir, receber, trans-

portar, conduzir ou ocultar coisa originária de crime são condutas alternativas, o mesmo ocorrendo com a influência sobre terceiro para que adquira, receba ou oculte produto de crime. Mas se o agente praticar condutas dos dois blocos fundamentais do tipo, estará cometendo dois delitos (ex.: o agente adquire coisa produto de crime e depois ainda influencia para que terceiro de boa-fé também o faça).

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo necessita ser o proprietário ou possuidor da coisa produto de crime. Note-se que o sujeito que foi co-autor ou partícipe do delito antecedente, por meio do qual obteve a coisa, não responde por receptação, mas somente pelo que anteriormente cometeu.

3. Elemento subjetivo: é o dolo. A forma culposa possui previsão específica no § 3.º. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, que é a nítida intenção de tomar, para si ou para outrem, coisa alheia originária da prática de um delito. Além disso, deve-se destacar outra particularidade deste tipo penal: no contexto das duas condutas criminosas alternativas (“adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar” e “influir para que terceiro a adquira, receba ou oculte”) somente pode incidir o *dolo direto*, evidenciado pela expressão “que sabe ser produto de crime”. Por outro lado, é de se frisar ser indispensável que o dolo, como urge sempre ocorrer, seja detectado concomitantemente à conduta, não se admitindo o chamado “dolo subsequente”. É a posição majoritária da doutrina: Noronha (*Direito penal*, v. 2, p. 505), Mirabete (*Código Penal interpretado*, p. 1.179), Damásio (*Código Penal anotado*, p. 633), Mayrink da Costa (*Direito penal*, v. 2, t. II, p. 573), Delmanto (*Código Penal comentado*,

p. 386), dentre outros. Em voz destoante, admitindo a existência do dolo subsequente está a posição de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 307). Há, ainda, uma dissidência no tocante à avaliação do dolo. Noronha defende – seguido por alguns – a possibilidade de existir o “dolo antecedente” e fornece a seguinte hipótese: “Alguém pode, por exemplo, receber para guardar uma coisa, desconhecendo ser produto de crime; entretanto, vem a saber que foi furtada e agora combina com o ladrão vendê-la a outrem, ou somente agir junto a este para que a compre. Nesta hipótese, há receptação. Mas não se constitui pelo recebimento em *boa-fé* e sim pela *intervenção dolosa* para que terceiro a adquira etc. O dolo é ainda anterior à ação criminosa” (ob. cit., p. 505). Com isso não podemos concordar. Nesse caso, o dolo também é concomitante à conduta. Se vem a saber que a coisa é produto de crime e influi para que terceiro a adquira, o dolo configura-se exatamente no momento em que existe a conduta de insuflar outrem a comprar a coisa produto de delito. No prisma que sustentamos, está a posição de Mayrink da Costa (ob. cit., p. 573).

4. Conceito de coisa: entendemos não diferir da definição extraída no crime de furto, acrescendo-se ser *produto de crime*. A coisa há de ser *alheia e móvel*, pela própria singularidade do tipo penal. Não haveria sentido em se punir a receptação de coisa própria, nem tampouco em se considerar presente a receptação de bem imóvel. No primeiro caso, deve-se destacar que o tipo penal protege o patrimônio, e não a *boa-fé* ou a integridade moral das pessoas. Portanto, adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar um bem móvel de sua propriedade, que foi anteriormente furtado, não pode ser considerado crime, sob pena de se invadir a seara da ilogicidade (ex.: o agente

identifica numa feira de antigüidades uma peça sua que foi anteriormente subtraída de sua residência, adquirindo-a. Ainda que compre diretamente do ladrão uma coisa que lhe pertence, não cometerá crime). E mais: admitamos que o proprietário da coisa anteriormente subtraída vislumbre o objeto que lhe pertence sendo vendido na mesma feira de antigüidades e influa para que terceiro de *boa-fé* a adquira. Nesse caso, estará dispondo do que é seu (consentimento da vítima), não se configurando figura criminosa. É a posição majoritária na doutrina. Em sentido contrário, admitindo ser sujeito ativo de receptação o proprietário da coisa produto de crime, está a linha de Damásio (*Código Penal anotado*, p. 631). No tocante aos bens imóveis, bem esclarece Hungria que “um imóvel não pode ser receptado, pois a receptação pressupõe um *deslocamento da ‘res’*, do poder de quem ilegitimamente a detém para o do receptor, de modo a tornar mais difícil a sua recuperação por quem de direito” (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 304).

5. Produto de crime: é preciso ter havido, anteriormente, um delito, não se admitindo a *contravenção penal*. Independentemente, no entanto, de prévia condenação pelo crime anteriormente praticado, bastando comprovar a sua existência, o que pode ser feito no processo que apura a receptação. Aliás, se por alguma razão o primeiro delito não for punido, permanece a possibilidade de se condenar o receptor. É o disposto expressamente no art. 108 do Código Penal (ex.: prescrito o furto, continua punível a receptação da coisa subtraída). No mesmo caminho, tratando o tipo penal somente de *crime*, não se exige seja delito antecedente contra o patrimônio.

6. Receptação de receptação: é perfeitamente admissível, pois a lei exige,

unicamente, ser a coisa produto de *crime*, pouco importando qual seja.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa produto de crime. Não se inclui nesse conceito o instrumento utilizado para a prática do crime. Se alguém ocultar, por exemplo, um revólver para proteger o criminoso, responde por favorecimento real, e não por receptação. O objeto jurídico é o patrimônio.

8. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima), quanto à receptação própria, e formal (delito que não exige resultado naturalístico), no tocante à receptação imprópria; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (as condutas implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na modalidade “ocultar”, que é permanente (delito de consumação prolongada). A ocultação tem a peculiaridade de significar o disfarce para algo não ser visto, sem haver a destruição. Por isso, enquanto o agente estiver escondendo a coisa que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal. É unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta). Há quem sustente ser o crime unissubsistente na modalidade imprópria, ou seja, possível de se consumir num único ato, o que não permitiria a tentativa. Assim, ou o agente influencia o terceiro a comprar, receber ou ocultar a coisa produto de crime ou não o faz, inexistindo delito. Não nos convence essa idéia, uma vez que o fator

distintivo do crime plurissubsistente para o unissubsistente é a possibilidade do *iter criminis* poder ser fracionado no primeiro caso. O unissubsistente, consubstanciado num único ato, não admite essa divisão, o que não nos parece ocorrer com a conduta de *influir*. É possível imaginar alguém insuflando outrem a adquirir coisa produto de crime, valendo-se de vários atos para isso, razão pela qual pode ser interrompido no curso da ação. cremos possível a “tentativa de influenciação”. É certo que a maioria da doutrina rejeita essa linha, crendo que a “influência” dá-se num único ato idôneo, sendo irrelevante que o terceiro aja conforme a sugestão. Ora, tal postura reduz – e muito – a importância da conduta “influir”, ampliando em demasia a possibilidade de punição. Pode-se imaginar a conduta de uma pessoa que, ciente de estar diante de uma coisa produto de crime, sugere a outra, de boa-fé, que a adquira (possivelmente, pensando em, posteriormente, ficar com ela para si, sem levantar qualquer suspeita). O simples fato de o agente dizer para o outro comprar a mercadoria não pode ser, automaticamente, um crime de receptação consumado. E se o terceiro rejeitar de imediato a sugestão, não demonstrando o menor interesse na coisa? Ainda assim dar-se-ia uma pena de, no mínimo, um ano de reclusão e multa para o autor do estímulo? Entendemos que isso não é cabível, podendo configurar-se, no máximo, uma tentativa. Não se pode, também, dizer que um mero palpite, sem influenciar o terceiro, seria um irrelevante penal. É a inadequada posição oposta, partindo-se para o tudo ou nada. “Influir”, para nós, significa algo mais complexo do que um mero palpite, que invade o campo do convencimento, repleto de atos: excitando, animando, inspirando o terceiro a adquirir, receber ou ocultar. Dessa forma, ainda que o terceiro não adquira, receba ou oculte, é preciso, no mínimo, para a con-

sumação do crime, que esteja inspirado a fazê-lo, influenciado a tanto, por ter sido verdadeiramente animado pelo agente. E se este for surpreendido pela polícia no momento em que está quase convencendo o outro, de boa-fé, a comprar coisa produto de crime? Por que não haver tentativa nessa hipótese? O fato de ser um crime formal, que não necessita do resultado naturalístico (adquirir, receber ou ocultar coisa produto de delito), não elimina a possibilidade de ser realizado em vários atos, o que, por si só, permite o fracionamento do *iter criminis*, tornando plausível a tentativa e não sendo um crime unissubsistente. Em síntese: se o agente conseguir influenciar o terceiro num único ato, é evidente ser unissubsistente a conduta, não admitindo tentativa; entretanto, se utilizar vários atos para inspirar o terceiro à prática das condutas de adquirir, receber ou ocultar, pode dar-se a forma plurissubsistente e, conseqüentemente, haver tentativa. A caracterização de uma conduta como unissubsistente não parece autorizar, invariavelmente, a conclusão de que ela não possa ocorrer, em outra situação fática, através de mais de um ato. É o que nos parece ocorrer com a conduta de “influir”. Registre-se que Nelson Hungria, apesar de defender a impossibilidade de tentativa no caso da receptação imprópria, sustentando que basta um “ato idôneo de mediação” para o crime se consumir, chega a afirmar que a conduta de “influir” consiste em praticar o agente *atos de mediação*, ou seja, mais de um ato (ver *Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 304 e 307). Logo, se a ação pode ser dividida em *atos*, não se pode afirmar ser o delito unissubsistente, o que possibilita, em tese, defender a existência de um *iter criminis* mais longo, passível de interrupção, concretizando a tentativa.

9. Análise da nova figura típica qualificada: a Lei 9.426/96 introduziu a figura

típica do § 1.º, tendo por finalidade atingir os comerciantes e industriais que, pela facilidade com que atuam no comércio, podem prestar maior auxílio à receptação de bens de origem criminosa. Note-se que a introdução de alguns novos verbos como “desmontar”, “montar” e “remontar” está a demonstrar a clara intenção de abranger alguns “desmanches” de carros que tanto auxiliam a atividade dos ladrões de veículos. Em que pese parte da doutrina ter feito restrição à consideração desse parágrafo como figura qualificada da receptação, seja porque ingressaram novas condutas, seja pelo fato de se criar um delito próprio, cujo sujeito ativo é especial, cremos que houve acerto do legislador. Na essência, a figura do § 1.º é, sem dúvida, uma receptação – dar abrigo a produto de crime –, embora com algumas modificações estruturais. Portanto, a simples introdução de condutas novas, aliás típicas do comércio clandestino de automóveis, não tem o condão de romper o objetivo do legislador de qualificar a receptação, alterando as penas mínima e máxima, que saltaram da faixa de 1 a 4 anos para 3 a 8 anos.

10. Análise do núcleo do tipo: as condutas *adquirir*, *receber*, *transportar*, *conduzir* e *ocultar* já foram analisadas na nota 1 deste capítulo. *Ter em depósito* (colocar algo em lugar seguro), *desmontar* (arruinar ou desarrumar peças de alguma coisa, tornando-a inútil à sua finalidade original), *montar* (ajuntar peças constituindo alguma coisa distinta das partes individualmente consideradas, encaixar ou arrumar algo para funcionar), *remontar* (montar novamente ou consertar), *vender* (alienar por determinado preço) ou *expor à venda* (colocar em exposição para atrair comprador) e *utilizar* (fazer uso, empregar de qualquer modo) compõem a novidade no tipo qualificado, embora o objeto material seja o mesmo: coisa produto de crime.

11. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o comerciante ou o industrial; o sujeito passivo é o proprietário ou possuidor legítimo da coisa produto de crime.

12. Elemento subjetivo e aplicação da pena: exige-se o dolo, nas modalidades direta ou eventual. A forma culposa está prevista no § 3.º, exigindo-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente em agir com a nítida vontade de se apossar de coisa alheia (“proveito próprio ou alheio”). É verdade que se instaurou, após a criação desta figura típica qualificada (Lei 9.426/96), intensa polêmica para interpretar e aplicar a receptação qualificada do § 1.º, quando colocada em confronto com o *caput* do art. 180. A controvérsia cinge-se ao seguinte ponto: no *caput*, exige o tipo penal a ocorrência do dolo direto, o que é evidenciado pelo emprego da expressão “que *sabe* ser produto de crime”, prevendo-se uma pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa; no § 1.º, que é um crime próprio, mais grave porque praticado pelo comerciante ou industrial, mais bem aparelhado a se tornar *empresário do crime*, pelas facilidades que possui na atividade natural de negociação que o envolve no cotidiano – veja-se o exemplo de alguns “desmanches”, que camuflam quadrilhas de receptadores através do manto protetor da atividade comercial –, fala-se em “coisa que *deve saber* ser produto de crime”, expressão que consagra o dolo eventual (nem se argumente ser conduta culposa, pois há o tipo específico da receptação culposa no § 3.º), prevendo-se uma pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa. Assim, a contradição *seria* a seguinte: analisando-se somente o elemento *subjetivo* do tipo, sem levar em conta os demais elementos típicos como um todo, para o crime mais grave (*caput*), por tratar do dolo direto, a pena é menor;

para o crime mais leve (§ 1.º), por levar em conta o dolo eventual, a pena é maior. Ora, sustentam alguns que não teria cabimento aplicar ao comerciante que adquire determinada coisa na dúvida, assumindo o risco de ser produto de crime, uma pena bem maior do que a prevista para o cidadão não comerciante, nem industrial, que adquire certo bem, *sabendo* ser produto de delito. A sugestão oferecida, pois, é a desconsideração da pena do § 1.º, assumindo-se aquela prevista no *caput*. Diz Damásio ser a solução “menos pior”: “O preceito secundário do § 1.º deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena. Realmente, nos termos das novas redações, literalmente interpretadas, se o comerciante *devia saber* da proveniência ilícita do objeto material, a pena é de reclusão, de três a oito anos (§ 1.º); se *sabia*, só pode subsistir o *caput*, reclusão de um a quatro anos. A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade” (*Código Penal anotado*, p. 637). A mesma linha adota Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 388). Ver crítica feita por David Teixeira de Azevedo a essa posição no final desta nota, com fundamento no respeito ao princípio da legalidade. De nossa parte, também não concordamos com a postura de adotar a pena do *caput* ao tipo previsto no § 1.º. *Se* – e somente *se* – interpretássemos *literalmente* as referidas figuras típicas (*caput* e § 1.º), poderíamos chegar a tal conclusão: quando se exige o dolo direto, pune-se o agente mais levemente do que quando se exige o dolo eventual. Ocorre que, a despeito do princípio da reserva legal, não se proíbe no direito penal o emprego da interpretação extensiva, nem tampouco da interpretação teleológica. O que se vê na *aparente* contradição existente entre o *caput*

e o § 1.º do art. 180 é a mesma situação ocorrente com inúmeros outros dispositivos que contam com a imprecisão técnica do legislador. É evidente que a conduta mais grave é a do § 1.º, que é uma autêntica receptação qualificada, alterando-se o mínimo e o máximo abstratamente fixados para a pena. Quando o delito for cometido por um comerciante ou por um industrial, possuidor de maior facilidade para cometer receptações, diante da sua própria atividade profissional, que lhe fornece infraestrutura (como o mencionado caso dos “desmanches”), tanto que o tipo penal, no caso do § 1.º, usa os verbos “ter em depósito”, “desmontar”, “montar”, “remontar”, “vender”, “expor à venda”, não elencados no *caput*, é lógico que é *muito mais grave* do que a receptação simples. Houve um lapso na redação da figura qualificada, que merecia, expressamente, as expressões “que sabe ou deve saber ser produto de crime”. Entretanto, não cremos ser suficiente tal omissão para haver total desprezo à pena fixada no preceito secundário. Lembremos que também a pena obedece ao princípio da legalidade, bem como ao princípio da indeclinabilidade, não podendo deixar de ser aplicada por conta da vontade do juiz. Assim, pensamos ser o caminho mais adequado interpretar com lógica o pretendido pelo legislador. Os tipos penais valem-se das expressões “sabe” ou “deve saber” para ressaltar, quando é o caso, a possibilidade de punir o crime tanto por dolo direto, quanto por dolo indireto, embora não nos pareça ser esta a melhor solução, pois bastaria ao legislador servir-se de fórmula mais objetiva, dizendo em um parágrafo, se desejasse, que o crime somente é punido por dolo direto. E, inexistindo tal advertência, presumem-se naturalmente as duas formas do dolo. Se assim não fez, é óbvio supor que o dolo direto, quando está no tipo sozinho e exposto, como ocorre no *caput* do

art. 180, exclui o dolo indireto, menos grave. Porém, se o tipo traz a forma mais branda de dolo no tipo penal, de modo exposto e solitário, como ocorre no § 1.º, é de se supor que o dolo direto está implicitamente previsto. O mais chama o menos, e não o contrário. Logo, o agente comerciante ou industrial, atuando com dolo eventual (devendo saber que a coisa é produto de crime), responde pela figura qualificada do § 1.º, com pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa. Caso aja com dolo direto (sabendo que a coisa é produto de crime), com maior razão ainda deve ser punido pela figura do mencionado § 1.º. Se o dolo eventual está presente no tipo, é natural que o direto também esteja. Se quem *deve saber* ser a coisa adquirida produto de delito merece uma pena de 3 a 8 anos, com maior justiça aquele que *sabe* ser a coisa produto criminoso. O legislador pode excluir o *menos grave* – que é o dolo indireto –, como o fez no *caput*, mas não pode incluir o *menos grave*, excluindo o *mais grave* – que é o dolo direto, como aparentemente o fez no § 1.º, sendo tarefa do intérprete extrair da lei o seu real significado, estendendo-se o conteúdo da expressão “deve saber” para abranger o “sabe”. Se o fato de *assumir o risco* é suficiente para configurar o tipo qualificado, naturalmente o fato de *ter plena consciência* também o é. Não vemos razão para afastar a pena mais grave idealizada para esse tipo de receptação, simplesmente porque houve uma falha do legislador. Adotando, expressamente, a posição que sustentamos nesta nota, a 7.ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (atual Tribunal de Justiça), em acórdão relatado por Luiz Ambra, confirmou que a pena para a receptação qualificada é de reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, podendo o delito ocorrer tanto por dolo eventual, quanto por dolo direto. Narra o relator: “Sob o fundamento, todavia, de que *o saber*

– tipificador de *dolo direto* – não estaria previsto no dispositivo em questão (§ 1.º do art. 180), *mas apenas no caput* (isto é, na cabeça do próprio art. 180), a decisão de primeiro grau puniu com base no último. E, paradoxalmente, chegou a pena menor que a do dolo indireto, pois no *caput a pena mínima é inferior* (um ano e não três), assim se chegando a um verdadeiro paradoxo. Contra tanto, o Ministério Público se insurge, e com razão. A contradição apontada é apenas aparente. Na verdade, embora não o diga expressamente, o § 1.º do art. 180 *abrange tanto o dolo direto como o indireto*. Ou seja, contempla o ‘saber’ e o ‘dever saber’. Não o diz expressamente, mas é óbvio ter sido esta a intenção do legislador; *que quis deixar bem claro estar a punir até pelo modo indireto*, o que até então não ocorria na figura típica do art. 180, *caput*. (...) Não há dúvida que o legislador deveria ter sido mais claro. *Deveria ter aludido ao ‘saber ou dever saber’*, e tudo ficaria inequivocamente mais claro. Exigir clareza dos redatores da norma legal, todavia, nos dias atuais, fica a cada vez mais difícil, é pedir muito. A questão, portanto, passa a ser de *cunho interpretativo*. Intuitivo que, se a lei pune com base apenas no dolo indireto, *por maior força de compreensão punirá também o dolo direto*. Trata-se de questão axiomática, decorrente de elementar princípio lógico: o menor, no maior, necessariamente se insere. Se a lei pune de certo modo o procedimento *mais leve* (a aquisição do que *devia saber* ser produto de crime), paralela e concomitantemente também punirá o *mais grave*, ainda que não o diga. Isto é, punirá o adquirir coisa receptada para fins mercantis, *sabendo* ser receptada” (Ap. 1.275.895-4, Santa Cruz do Rio Pardo, 22.11.2001, v. u., grifos no original). No mesmo sentido: STJ: “A aplicação do art. 180, § 1.º, do Código Penal, introduzido pela Lei 9.426/96, não ofende o princí-

pio da proporcionalidade, tendo em vista o intuito legislativo de apenar mais gravemente a conduta dolosa de agentes que atuam no exercício de atividade comercial ou industrial. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 891.609, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 12.02.2008, v. u.); TJSP: “Como é cediço, a disposição constante dos parágrafos mantém um liame com a do artigo. Assim, se o *caput* se refere à receptação dolosa (receber coisa que sabe ser produto de crime), está claro que também é dolosa a receptação qualificada, com penas mais drásticas, mencionada no § 1.º, embora nele esteja consignada a expressão ‘coisa que deve saber ser produto de crime’. Seria, na verdade, uma monstruosidade a lei cominar a delito culposo penas superiores à do doloso. (...) Mas quanto ao crime próprio houve importante alteração: caracteriza-se a receptação dolosa quando o comerciante ou industrial recebe ‘coisa que *sabe* ser produto de crime ou que *deve saber* ser produto de crime’. (...) O que precisa ficar bem claro é que, nas modalidades previstas no *caput* e no § 1.º, a receptação é dolosa” (HC 314.358-3, Poá, 2.ª C., rel. Silva Pinto, 05.06.2000, v. u.); “Art. 180, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal com a redação determinada pela Lei 9.426/96. Constitucionalidade da aplicação de pena exacerbada em relação ao art. 180, *caput*, do Código Penal. Princípio da proporcionalidade. Critérios valorativos político-criminais. Elementos do tipo que refletem um maior desvalor do resultado, e influenciam um juízo abstrato de necessidade da pena, o que diferencia os tipos comparados. Ausência de ofensa ao princípio da proporcionalidade” (EI 446.128-3/0, Mauá, 1.ª C., rel. Marco Nahum, 23.05.2005, m. v., *JUBI* 108/05). Embora adotando postura diversa da nossa – entende o autor que é possível praticar qualquer crime com dolo direto ou eventual, independentemente da inclusão, no tipo,

dos elementos “sabe” e “deve saber” (ver nota 67 ao art. 18) –, David Teixeira de Azevedo critica, com razão, a posição adotada por parte da doutrina de utilizar a sanção prevista no *caput* do art. 180, associada à descrição típica feita no § 1.º: “Sob o pretexto de derrogação do princípio da proporcionalidade viola-se outro de maior gravidade: o princípio da legalidade dos delitos e das penas, na vertente da anterioridade e taxatividade da lei penal. Tanto o fato quanto a sanção jurídica hão de estar prévia e claramente escritos e previstos em lei. A conduta típica deve vir emoldurada anteriormente ao fato, de forma precisa, clara e taxativa, não se tolerando no seio do direito penal a analogia senão *in bonam partem*. Igualmente, a sanção penal deve ser disposta no preceito sancionador de forma clara e expressa com plena correspondência ao tipo incriminador, não se permitindo no direito penal penas genéricas estatuídas na parte geral a que recorre o aplicador da lei. (...) E sob o falso argumento e a equivocada disposição de uma interpretação favorável quebra-se o equilíbrio democrático e viola-se a segurança jurídica. Perde-se de vista que nem sempre a interpretação que resulte na imposição de uma sanção aparentemente menos grave, porque de menor quantitativo, significará melhor solução normativa para o acusado” (O crime de receptação e formas de execução dolosa, *Atualidades no direito e processo penal*, p. 52-55). Em contrário, acolhendo a posição de que há ofensa à proporcionalidade: STJ: “1. É nossa a tradição da menor punibilidade da receptação, ‘em confronto com o crime de que deriva’ (por exemplo, Hungria em seus comentários). 2. Fruto da Lei 9.426/96, o § 1.º do art. 180 do Código Penal – receptação qualificada – reveste-se de imperfeições – formal e material. É que não é lícita sanção jurídica maior (mais grave) contra

quem atue com dolo eventual (§ 1.º), enquanto menor (menos grave) a sanção jurídica destinada a quem atue com dolo direto (art. 180, *caput*). 3. Há quem sustente, por isso, a inconstitucionalidade da norma secundária (violação dos princípios da proporcionalidade e da individualização); há quem sustente a desconconsideração de tal norma (do § 1.º, é claro). 4. Adoção da hipótese da desconconsideração, porque a declaração, se admissível, de inconstitucionalidade conduziria, quando feita, a semelhante sorte, ou seja, à desconconsideração da norma secundária (segundo os kelsenianos, da norma primária, porque, para eles, a primária é a norma que estabelece a sanção – negativa, também a positiva). 5. Ordem concedida a fim de substituir-se a reclusão de três a oito anos do § 1.º pela de um a quatro anos do *caput* (Código Penal, art. 180)” (HC 101.531-MG, 6.ª T., rel. Nilson Naves, 22.04.2008, m. v.).

13. Objetos material e jurídico: ver nota 7 ao *caput*.

14. Classificação: trata-se de crime qualificado próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (as condutas implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) e permanente nas modalidades “ter em depósito”, “expor à venda” e “ocultar” (a consumação pode prolongar-se no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por

um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

15. Norma penal explicativa: mais uma vez, demonstra o legislador a intenção de atingir os “desmanches” de carros, que, funcionando na clandestinidade, não costumam se apresentar como autênticas empresas. Assim, ainda que a atividade se desenvolva no domicílio do agente receptor, de modo informal, configura-se o delito. Trata-se de uma figura de *equiparação*.

16. Análise do núcleo do tipo: trata-se da modalidade culposa da receptação. Os verbos *adquirir* e *receber* já foram analisados na nota 1, comentando o *caput*. Frise-se que essas condutas desencadeiam seis hipóteses alternativas: *a)* adquirir coisa que, pela sua natureza, deve presumir-se obtida por meio criminoso; *b)* receber coisa que, pela sua natureza, deve presumir-se obtida por meio criminoso; *c)* adquirir coisa que, pela desproporção entre o seu valor e o preço pago, deve presumir-se obtida por meio criminoso; *d)* receber coisa que, pela desproporção entre o seu valor e o preço pago, deve presumir-se obtida por meio criminoso; *e)* adquirir coisa que, pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso; *f)* receber coisa que, pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso. A presença de mais de uma dessas situações, num mesmo contexto fático, faz incidir apenas um crime de receptação culposa. Normalmente, o legislador menciona apenas que o crime pode ser punido na modalidade culposa, mas, no caso da receptação, optou por descrever o tipo, transformando-o de aberto em fechado. Nessa ótica, conferir a lição de Sérgio de Oliveira Médici: “Na receptação culposa, por exemplo, o legislador afastou-se da fórmula genérica ao incluir no

tipo o comportamento considerado descuidado: ao ‘adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso’. Este tipo culposo está completo, com a descrição integral da conduta, não podendo o intérprete considerar típico o comportamento que não se ajuste a uma das hipóteses previstas, não obstante configurada a culpa” (*Teoria dos tipos penais*, p. 113).

17. Sujeitos ativo e passivo/objetos material e jurídico: ver notas 2 e 7 ao *caput*.

18. Natureza do objeto ou desproporção entre o valor e o preço: a natureza do objeto é a sua qualidade intrínseca (ex.: algumas pedras são chamadas de preciosas conforme sua própria natureza. Uma esmeralda é preciosa, mas a pedra-sabão não o é). Por isso, quem adquire esmeraldas de alto valor – objeto que, por sua natureza, é sempre vendido cercado de cautelas, em joalherias ou estabelecimento similar – no meio da rua, de uma pessoa qualquer, deve presumir tratar-se de coisa produto de crime. É a imprudência que se afigura incontestável, por nítida infração ao dever de cuidado objetivo. Por outro lado, a *desproporção* (falta de correspondência ou relação entre coisas) entre o valor do objeto e o preço pago é outro indicativo de que deveria o agente ter agido com cautela. Ele pode adquirir coisa produto de crime quando o faz por menos da metade do seu preço, embora esteja em perfeitas condições de uso. Mais uma vez, está presente a imprudência. A despeito disso, admite-se prova em contrário por parte do agente receptor, demonstrando não ter agido com culpa.

19. Condição de quem a oferece: é outro indicativo da imprudência do agente

receptador. Utilizando, ainda, o exemplo das pedras preciosas, imagine-se a empregada doméstica buscando vender à sua patroa uma jóia de muito valor. Ainda que peça o preço de mercado, pela sua condição de pessoa humilde, não afeita ao comércio, muito menos de jóias, é natural provocar a suspeita de ser coisa produto de crime. Admite-se, no entanto, prova em sentido contrário, por parte do agente receptador, demonstrando não ter agido com culpa no caso concreto.

20. Deve presumir-se: é o indicativo da culpa, na modalidade imprudência. Não se valeu o legislador da expressão “deve saber”, que é, para nós, indicativa do dolo eventual, mas sim da *presunção*. Presumir é suspeitar, desconfiar, conjecturar ou imaginar, tornando a figura compatível com a falta do dever de cuidado objetivo, caracterizador da imprudência. O agente que, sem cautela ou atenção, adquire coisa produto de crime é punido por receptação culposa, pois *deveria ter imaginado* – o que não fez por ter sido imprudente – a origem ilícita do bem. Enquanto “deve saber” indica a posição daquele que está assumindo o risco (dolo eventual), “deve presumir” liga-se àquele que age desatentamente. Ressalte-se, mais uma vez, que não se trata de *presunção absoluta*, admitindo prova em contrário visando à demonstração de não ter havido culpa.

21. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja,

é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); não admite tentativa, por ser culposos.

22. Receptação punível autonomamente: o crime de receptação é autônomo, não dependendo, para sua concretização, de anterior condenação do autor do crime que deu origem à coisa adquirida. Portanto, não há necessidade de que o delito antecedente, seja de que espécie for, tenha sido objeto de apuração em processo próprio, havendo o trânsito em julgado de sentença condenatória. Entretanto, como faz parte do tipo penal da receptação ser a coisa *produto de crime*, é necessário evidenciar-se, no processo em que se apura o delito do art. 180, a *existência* do crime anterior.

23. Desconhecido ou isento de pena: significa que o autor do delito anterior, que fez surgir a coisa de origem ilícita, pode ser desconhecido, provando-se, tão-somente, a *existência* do fato criminoso. Além disso, é possível que o autor do crime antecedente seja conhecido, mas não ocorra sua punição, por razões variadas: houve prescrição, ele era menor de 18 anos ou doente mental, entre outras causas.

24. Autor de crime: essa expressão utilizada no tipo penal da receptação dá margem a intenso debate doutrinário, especialmente por parte daqueles que sustentam ser o crime apenas um fato típico e antijurídico. Dizem que culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, invocando, como prova disso, a redação do art. 180, § 4.º, ao mencionar que o *autor de crime* pode ficar isento de pena. Assim, o menor

de 18 anos, não culpável, poderia subtrair alguma coisa e depois passá-la adiante, o que tornaria a pessoa que adquire o objeto passível de punição pelo delito de receptação. Estaria evidenciado, então, que o não culpável pode cometer *crime*, sendo culpabilidade pressuposto somente da pena. Pensamos haver um equívoco nessa interpretação. Em primeiro lugar, deve-se destacar que a redação desse parágrafo sempre foi feita dessa forma, desde 1940 (antes da Reforma Penal de 1984), quando a doutrina tradicional colocava o dolo e a culpa na culpabilidade. Basta ver, nesse sentido, a posição doutrinária à época, bem como a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Dessa forma, seria impossível considerar que há *crime* única e tão-somente com a ocorrência de tipicidade e antijuridicidade, pois os elementos subjetivos do delito – dolo e culpa –, incluídos na culpabilidade, jamais poderiam ser considerados “pressupostos de aplicação da pena”, o que seria um enorme contra-senso. Se assim é, a expressão “isento de pena o autor de crime” não prova nada, ao menos não evidencia que culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena. Há explicação mais do que plausível para tanto. Frederico Marques, que considera o crime um fato típico, antijurídico e *culpável*, deixando isso bem claro em várias passagens da sua obra (ver *Tratado de direito penal*, v. 2, p. 28, item 2, 32, entre outras), afirma: “Na legislação brasileira encontra-se bem clara essa noção tripartida do delito, no contexto legal do Código vigente, e também cânones de outros diplomas legislativos” (ob. cit., p. 29). Mais adiante, para justificar a razão pela qual o legislador valeu-se das expressões “não há crime” (excludentes de antijuridicidade) e “é isento de pena” (excludentes de culpabilidade), ensina: “Entende assim o Código pátrio que, havendo fato típico e antijurídico, configurado se encontra o

ilícito penal. A punibilidade deste resultará, a seguir, do juízo de culpabilidade com que se liga o fato antijurídico ao agente. O legislador penal separou, assim, de forma bem patente, a ilicitude, a *parte objecti*, da culpabilidade, a antijuridicidade objetiva da relação subjetiva com o fato, isto é, do juízo de valor sobre a culpa em sentido lato. Se um louco comete um furto, a ilicitude criminal do fato não o torna passível de pena porque a inimputabilidade impede a aplicação de *sanctio juris* dessa natureza. Mas se o louco vender a coisa furtada a um terceiro, esta será considerada produto de crime para caracterizar-se o delito de receptação descrito no art. 180, do Código Penal” (ob. cit., p. 138-139). Ora, para a doutrina da época – e que conta com inúmeros adeptos até hoje –, quando dolo e culpa (elementos subjetivos do crime) estavam, incontestavelmente, incluídos na culpabilidade, podiam-se ver no crime duas partes: a objetiva (fato típico e antijurídico) e a subjetiva (culpabilidade). O *todo*, portanto, era composto das duas faces. Pode-se afirmar, para quem é adepto da teoria clássica do crime, que, objetivamente, delito é um fato típico e antijurídico, mas, subjetivamente, é um ilícito *culpável*. Assim, concretamente, para os clássicos do direito penal, crime, numa visão completa (objetiva e subjetiva), exige três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. No caso da receptação e de outros crimes, o legislador, ao lançar no tipo a palavra “crime”, usou-a com o significado objetivo, vale dizer, um fato típico e antijurídico, ou seja, um ilícito penal a *parte objecti*. O menor de 18 anos, portanto, pode perfeitamente praticar um ilícito penal, embora não seja punível, por lhe faltar culpabilidade. O art. 180, § 4.º, utiliza a palavra “crime” apenas para *destacar* que a infração penal anteriormente cometida e exigida para configurar a receptação não pode ser

uma contravenção penal. Anote-se a lição de Noronha nesse contexto: “Confirma o legislador que, nesta, a coisa obtida por meio delituoso é a conseguida por meio de crime, não se compreendendo a originada de contravenção ou outro ato ilícito” (*Direito penal*, v. 2, p. 510). Vale-se do termo “crime” com o sentido puramente objetivo. Outros argumentos interessantes são enumerados por Cezar Roberto Bitencourt: “Ao contrário do que imaginam, essa política criminal adotada pelo Código de 1940 tem outros fundamentos: 1.º) de um lado, representa a adoção dos postulados da ‘teoria da acessoriedade limitada’, que também foi adotada pelo Direito Penal alemão em 1943, segundo a qual, para punir o partícipe, é suficiente que a ação praticada pelo autor principal seja típica e antijurídica, sendo indiferente a sua culpabilidade; 2.º) de outro lado, representa a consagração da prevenção, na medida em que pior que o ladrão é o receptador, posto que a ausência deste enfraquece o estímulo daquele; 3.º) finalmente, o fato de o nosso Código prever a possibilidade de punição do receptador, mesmo que o autor do crime anterior seja isento de pena, não quer dizer que esteja referindo-se, *ipso facto*, ao inimputável. O agente imputável, por inúmeras razões, como, por exemplo, coação moral irresistível, erro de proibição, erro provocado por terceiro, pode ser isento de pena” (*Erro de tipo e de proibição*, p. 54). Conferir, nessa esteira, o argumento de Nilo Batista: “Sem embargo do aprimoramento técnico da reforma de 1984, neste particular a conclusão é a mesma que se poderia extrair do texto de 1940: a *vox crime*, no Código Penal brasileiro, significa conduta típica e antijurídica. Está excluída, portanto, a acessoriedade mínima; como a regra do art. 30, que será oportunamente examinada, exclui a hiperacessoriedade, resta-nos decidir entre a limitada e a máxima. O reiterado

emprego da expressão *crime* na disciplina do concurso de pessoas (arts. 29, seu § 2.º, 30, 31, 62 e seus incisos) não permite a menor dúvida: prevalece, no direito brasileiro, uma *acessoriedade limitada*” (*Concurso de agentes*, p. 165). Alegam alguns que a doutrina clássica estaria superada após a Reforma Penal de 1984, sendo cabível considerar que, tendo sido adotada a teoria finalista, o dolo e a culpa passaram a integrar a conduta típica, razão pela qual a culpabilidade transformou-se em mero pressuposto de aplicação da pena. Continua, segundo pensamos, inconsistente tal postura. Em primeiro lugar, apesar de a reforma mencionada possuir contornos nitidamente finalistas, não foram eles suficientes para transformar a Parte Geral do Código Penal em finalista. Além disso, nenhuma modificação foi feita na estrutura do crime, como se pode observar na Exposição de Motivos de 1984. Em segundo lugar, há muitos finalistas que continuam vendo o crime como fato típico, antijurídico e culpável (a respeito, por todos, ver Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de direito penal*, p. 82). Na ótica finalista, portanto, a interpretação que se faz da palavra “crime”, colocada no art. 180, § 4.º, é apenas de um injusto, ou seja, algo que não nos é permitido praticar. O injusto abrange o fato típico e antijurídico, embora não culpável. O injusto é uma conduta ilícita; para aperfeiçoar-se como *crime* genuíno necessita da culpabilidade (Assis Toledo, *ob. cit.*, p. 119). No mesmo prisma está a lição do idealizador maior do finalismo, Hans Welzel, afirmando ser crime a ação típica, antijurídica e culpável (“A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito”: *Derecho penal alemán Parte general*, 11. ed., p. 57; *El nuevo sistema del derecho penal Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 43). Em síntese: onde se lê *crime*,

no texto do art. 180, § 4.º (e em outros tipos penais), leia-se apenas “crime objetivamente considerado” (doutrina clássica) ou “*injusto penal*” (doutrina finalista). Logo, culpabilidade continua sendo, contenha ou não dolo e culpa, elemento indissociável da visão completa de crime.

25. Perdão judicial: trata-se de mais uma hipótese de perdão judicial criada para atender somente a receptação culposa. Quanto ao conceito de perdão, ver nota ao art. 107, IX. No caso presente, estabelece a lei a condição expressa de o réu ser primário, além de deixar em aberto outras *circunstâncias* ao critério do juiz. Assim, fixaram a doutrina e a jurisprudência que, além da primariedade, deve-se exigir o seguinte: a) diminuto valor da coisa objeto da receptação; b) bons antecedentes; c) ter o agente atuado com culpa levíssima.

26. Figura privilegiada: ver nota ao art. 155, § 2.º. Cremos, como já defendemos no caso do furto privilegiado, existir a possibilidade de aplicação do disposto neste parágrafo a todas as formas de receptação dolosa (*caput* e § 1.º). Aliás, nenhuma distinção fez o legislador ao determinar a aplicação do privilégio.

27. Tipo qualificado: trata-se de outro tipo qualificado, possibilitando a aplicação da pena em dobro, o que significa um aumento do mínimo e do máximo abstratamente previstos para a receptação simples (*caput*): de 1 a 4 anos passaria a punição para a faixa de 2 a 8 anos. Leva-se em conta essa qualificadora quando o produto de crime, referido no tipo penal, pertencer à União, ao Estado, ao Município, a empresa de serviços públicos ou a sociedade de economia mista. Exige-se, no entanto, que o agente tenha conhecimento disso, pois não se trata da aplicação puramente objetiva do aumento.

Capítulo VIII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 181. É isento de pena¹⁻² quem comete qualquer dos crimes previstos neste título,³ em prejuízo:⁴

I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;⁵⁻⁸

II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.⁹⁻¹⁰

1. Imunidade penal absoluta ou impunibilidade absoluta: *imunidade* é um privilégio de natureza pessoal, desfrutado por alguém em razão do cargo ou da função exercida, bem como por conta de alguma condição ou circunstância de caráter pessoal. No âmbito penal, trata-se (art. 181) de uma escusa absolutória, condição negativa de punibilidade ou causa pessoal de exclusão da pena. Assim, por razões de política criminal, levando em conta motivos de ordem utilitária e baseando-se na circunstância de existirem laços familiares ou afetivos entre os envolvidos, o legislador houve por bem afastar a punibilidade de determinadas pessoas. O crime – fato típico, antijurídico e culpável – está presente, embora não seja punível. Cuida-se de imunidade *absoluta*, porque não admite prova em contrário, nem possibilidade de se renunciar à sua incidência. Nos crimes patrimoniais, não violentos e sem grave ameaça, os cônjuges, entre si, os ascendentes e os descendentes, entre si, ainda que cometam delitos, não são punidos. Ensina Nélson Hungria que a razão dessa imunidade nasceu, no direito romano, fundada na *co-propriedade familiar*. Posteriormente, vieram outros argumentos: a) evitar a cizânia entre os membros da família; b) proteger a intimidade familiar; c) não dar cabo do prestígio auferido pela família. Um furto, por exemplo, ocorrido no seio familiar deve ser absorvido pelos

próprios cônjuges ou parentes, afastando-se escândalos lesivos à sua honorabilidade (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 324). Ver, ainda, Fernando Mantovani, *Diritto penale – Parte speciale*, p. 55. Ressalte-se que, havendo terceiro estranho à família, envolvido em qualquer dos delitos previstos neste título, figurando como sujeito passivo, deixa de haver a incidência da escusa absoluta.

2. Impossibilidade de instauração de inquérito policial: “A imunidade penal absoluta, prevista no art. 181 do CP, é impeditiva de procedimento criminal contra quem, de antemão, está isento de pena, já que o processo, em tais condições, não teria objetivo ou finalidade, constituindo constrangimento ilegal a sua propositura, sendo certo que não se justifica a instauração de inquérito policial, destinado à apuração da infração penal, como meio preparatório para a ação, uma vez que inteiramente desnecessário na espécie” (TACRIM/SP (atual TJSP), HC 321.590-8, 2.^a C., rel. Osni de Souza, 07.05.1998, *RJTACRIM* 39/360).

3. Crimes que admitem a incidência da imunidade penal absoluta: furto (art. 155), furto de coisa comum (art. 156), alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (art. 161), supressão ou alteração de marca em animais (art. 162), dano (art. 163), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164), apropriação indébita (art. 168), apropriação por erro, caso fortuito ou força da natureza, apropriação de tesouro, apropriação de coisa achada (art. 169), estelionato, disposição de coisa alheia como própria, defraudação de penhor, fraude na entrega da coisa, fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171), duplicata simulada (art. 172), abuso de incapazes

(art. 173), induzimento à especulação (art. 174), fraude no comércio (art. 175), fraude em restaurante, hotel ou meio de transporte (art. 176), fraude e abuso na fundação ou administração de sociedade por ações (art. 177), emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant* (art. 178), fraude à execução (art. 179), receptação (art. 180). Excluem-se, desde logo, os delitos de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (art. 165) e alteração de local especialmente protegido (art. 166), porque o sujeito passivo primordial é o Estado. Os demais crimes somente podem ser atingidos pela imunidade penal caso os sujeitos passivos sejam exclusivamente as pessoas enumeradas, taxativamente, no art. 181, sem qualquer possibilidade de ampliação.

4. Erro quanto à propriedade do objeto material: entendemos que há crime. É preciso ressaltar, mais uma vez, que o fato praticado pelo agente é típico, antijurídico e culpável, mas não punível, exatamente como ocorre com as causas extintivas da punibilidade. Portanto, se o agente acredita que o veículo furtado pertence ao seu pai, mas, em verdade, é de propriedade de estranho, deve responder pelo delito de furto. O seu erro foi de punibilidade, ou seja, acreditou que não seria sancionado, mas enganou-se, não quanto à ilicitude da conduta, mas quanto às consequências do seu ato. Cremos aplicável, neste caso, a lição de Assis Toledo: “Erro de punibilidade – inescusável – o agente sabe que faz algo proibido, ou devia e podia sabê-lo, mas supõe inexistir pena criminal para a conduta que realiza, desconhece a punibilidade do fato” (*Princípios básicos de direito penal*, p. 271). Não tem cabimento utilizar a imunidade para socorrer o agente quando a vítima, na realidade, não é parente seu. Ele furtou o carro de um estranho e não seria punido por exclusão da culpabilidade? O

erro de proibição não nos parece aplicável a este caso, pois a imunidade penal tem por finalidade evitar a cizânia na família e as consequências nefastas que o processo pode gerar para os envolvidos, quando exclusivamente são autor e vítima as pessoas enumeradas no art. 181. O ilícito penal está concretizado, deixando de ser punido *por razões de política criminal*, que desaparecem totalmente quando o ofendido é estranho. Não há, também, erro de tipo, pois o agente sabe que a coisa subtraída é *alheia*, estando nitidamente presente o dolo. Por outro lado, defendemos a postura inversa: se o agente subtrai o carro do seu pai, pensando tratar-se do veículo de um estranho, não deve ser punido. Nessa hipótese, a vítima real é seu genitor, encaixando-se com perfeição à figura do art. 181, II. Sustentamos que a imunidade penal é de caráter objetivo e assim deve ser aplicada. Nessa visão, está a lição de Nélson Hungria: “A *pertinência da res* ao cônjuge ou parente deve ser apreciada *objetivamente*, nada importando a errônea *opinião* ou *suposição* do agente a respeito”. O crime não deixa de ser punido por razões ontológicas, mas por mera política criminal (*Comentários ao Código Penal*, v. 7, p. 327). No mesmo sentido, confira-se a lição de Higuera Guimera: “A opinião majoritária na Alemanha e na Espanha, assim como a jurisprudência de ambos os países, considera que é irrelevante o erro sobre a punibilidade, e em nosso caso o erro sobre os pressupostos que servem de fundamento às excusas absolutórias. (...) Argumenta-se que esses casos de erro têm que ser irrelevantes porque nessas hipóteses está plenamente constituído o tipo, a antijuridicidade e a culpabilidade” (*Las excusas absolutórias*, p. 155). Há posição em sentido contrário, admitindo a aplicação do erro de proibição (Damásio, *Código Penal anotado*, p. 645).

5. Cônjuge na constância da sociedade conjugal: a expressão cônjuge é de interpretação restritiva, não se ampliando para companheiro(a) ou concubino(a). Por outro lado, tratando a lei da *constância da sociedade conjugal*, incide a imunidade ainda quando os cônjuges estejam separados de fato, pois o casamento não foi desfeito. Há quem sustente ser admissível a incidência da imunidade quando houver união estável, invocando o dispositivo constitucional que trata do tema: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (art. 226, § 3.º, CF). Essas são as posições de Mirabete (*Código Penal interpretado*, p. 1.192) e Damásio (*Código Penal anotado*, p. 645), embora o primeiro reconheça que não é tese absorvida pelos nossos tribunais. Para nós, há indevida ampliação do conteúdo do art. 181, que já é uma exceção controversa. O texto constitucional menciona nitidamente ser união estável algo diverso do casamento, tanto assim que possibilita a conversão da primeira em matrimônio. Além disso, o fato de o Estado reconhecer na união estável a existência de uma família, para efeito de lhe conferir proteção civil, não pode ser estendido ao direito penal. Fosse assim e o companheiro ou a companheira poderia praticar o crime de bigamia, o que não é admissível. Se não é possível alargar o conteúdo de norma penal incriminadora que protege a família e o casamento, também não o é para a aplicação da imunidade. Assim também o magistério de Cezar Roberto Bitencourt (*Código Penal anotado e legislação complementar*, p. 652).

6. A imunidade na jurisprudência: a) *reconhecimento:* crime de dano: “Incorre o delito de dano na conduta do réu que efetua disparos de arma de fogo contra

veículo da própria esposa, danificando-o, na constância da sociedade conjugal, face à imunidade penal absoluta prevista no art. 181, I, do CP” (TACRIM/SP (atual TJSP), Ap. 686.117-9, 8.^a C., rel. Régio Barbosa, 09.06.1994, *RJDTACRIM* 23/124); b) *não reconhecimento*: b.1) “Agente que mantinha eventual relacionamento sexual com a vítima do delito – Inaplicabilidade do art. 181, I, do CP, pois este se restringe ao cônjuge na constância da sociedade conjugal” (TAMG (atual TJMG), Ap. 266.987-8, 2.^a C., rel. Myriam Saboya, 24.11.1998, v. u.).

7. Delito cometido durante o noivado, com posterior casamento: não afasta o crime. A Corte de Cassação de Roma, mencionada por Hoepfner Dutra, já teve oportunidade de salientar que a razão da impunidade depende da subsistência do vínculo conjugal ou do parentesco no momento da consumação do crime, bem como da intimidade e solidariedade proporcionadas pela família. Não havendo vínculo entre agente e vítima ao tempo da consumação, não há como pretender-se que o casamento posterior faça retroagir a imunidade, afastando-se a punição (*O furto e o roubo em face do Código Penal brasileiro*, p. 263).

8. Crime cometido durante casamento depois constatado nulo: depende do caso concreto. Resolve bem a questão Basileu Garcia: “A imunidade absoluta não ocorre se se trata de casamento nulo, não contraído de boa-fé por nenhum dos cônjuges; é aceitável a imunidade absoluta se ambos os cônjuges o tiverem contraído de boa-fé; e será admitida, ainda, se um dos cônjuges o tiver contraído de boa-fé, mas agora restrita a este a imunidade” (*Crimes patrimoniais entre cônjuges e parentes*, p. 35).

9. Ascendente e descendente: cuida o artigo apenas dos ascendentes e descen-

dentes em linha reta (pais, mães, avós, filhos, netos, bisnetos etc.). Não se incluem, pois, os parentes por afinidade e na linha transversal (sogro, genro, nora, cunhado, padrasto, madrastra, enteado, tio, sobrinho, primo etc.). O tipo penal é claro quanto ao parentesco: admite tanto o legítimo (originário no casamento), quanto o ilegítimo (originário fora do casamento). Aliás, de acordo com o preceituado na Constituição Federal (art. 227, § 6.^o). Admite, ainda, tanto o parentesco natural (laços de sangue), quanto civil (adoção). Decisão da Suprema Corte de Justiça da Colômbia considerou que a imunidade decorrente dos laços entre pai e filho justifica-se porque o pai, quando furtado pelo filho, por arcar com os gastos da família, tem autorização legal para reclamar o bem subtraído de quem o possua indevidamente (Barrera Dominguez, *Delitos contra el patrimonio económico*, p. 348).

10. Prova do parentesco: entendemos cabível a aplicação por analogia da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça (“Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”), ou seja, prova-se por qualquer documento hábil (certidão de nascimento, de casamento, cédula de identidade, carteira profissional etc.). Ver: “Furto qualificado e disparo de arma de fogo em concurso material – Pretendida isenção penal pelo crime patrimonial – Parentesco insuficientemente comprovado, bem não pertencente à presumida mãe – Inviabilidade. (...) O reconhecimento da imunidade penal, prevista no art. 181, II, do Código Penal, *reclama prova idônea do parentesco*. Além disso, não se caracteriza quando, embora furtado da casa onde vive a suposta genitora do agente, o bem pertencia ao concubino desta, também dono do imóvel. Portanto, verdadeiro sujeito passivo do delito” (TAPR, Ap. 115286500, 1.^a C., rel. Luiz Cezar de Oliveira, 12.03.1998, grifo nosso).

Art. 182. Somente se procede mediante representação,¹¹ se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:¹²

I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;¹³

II – de irmão, legítimo ou ilegítimo;¹⁴

III – de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.¹⁵

11. Crime de ação pública condicionada: o art. 182 trata da imunidade relativa e exige que a vítima do crime apresente representação, legitimando o Ministério Público a agir, ingressando com ação penal, ou mesmo autorizando a mera instauração de inquérito policial pelo delegado. Somente não se aplica o disposto neste artigo quando o crime contra o patrimônio já exigir, por si só, representação ou for de ação privada, sendo cabível a queixa. Há quem defenda não se tratar de imunidade alguma, mas tão-somente de “alteração da espécie de ação penal, condicionando-a à *representação* do ofendido” (Cezar Roberto Bitencourt, *Código Penal anotado e legislação complementar*, p. 653).

12. Erro quanto à propriedade do objeto material: da mesma forma defendida na nota 4 ao art. 181, entendemos haver crime. Exemplificando: se o agente subtrai o veículo de estranho, pensando tratar-se de propriedade de seu irmão, sabe perfeitamente estar cometendo um ilícito penal, razão pela qual não pode beneficiar-se da imunidade relativa. O estranho, que teve seu automóvel furtado, pode apresentar a *notitia criminis*, exigindo a punição do agente.

13. Cônjuge separado judicialmente: quando houver separação decretada pela Justiça, seja a separação judicial ou a separação de corpos, aplica-se o art. 182, procedendo-se mediante representação, e

não há a imunidade absoluta do art. 181. É natural supor que, tendo havido divórcio, já não subsiste qualquer tipo de imunidade.

14. Irmãos, legítimos ou ilegítimos: a previsão legal abrange tanto o irmão havido legitimamente (dentro do casamento), como o havido ilegitimamente (fora do casamento, embora o atual Código Civil já não utilize tal distinção). Inserem-se no dispositivo os filhos dos mesmos pais (bilaterais ou germanos), como os filhos do mesmo pai (unilaterais consangüíneos) ou da mesma mãe (unilaterais uterinos).

15. Tio ou sobrinho, havendo coabitação: o tio ou o sobrinho que cometam crime patrimonial um contra o outro podem ser inseridos neste dispositivo caso vivam sob o mesmo teto (coabitação). Assim, apesar de ser um caso de parentesco colateral, é possível aplicar a imunidade relativa.

Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I – se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;¹⁶

II – ao estranho que participa do crime;¹⁷

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.¹⁸

16. Roubo, extorsão ou qualquer crime em que haja violência ou grave ameaça: não tem cabimento sustentar a imunidade, seja absoluta ou relativa, quando os crimes forem de tal ordem que transponham os limites da intimidade familiar. Afinal, a política criminal de proteção à entidade familiar cede espaço para o interesse maior da sociedade em punir o agente de crime violento, venha de onde vier. Quanto à inclusão ou não da extorsão indireta, há

duas posições: a) não se inclui neste inciso (Noronha, *Direito penal*, v. 2, p. 518); b) inclui-se (Damásio, *Código Penal anotado*, p. 647). Preferimos a segunda posição, pois, de fato, o Código fala apenas em *extorsão*, cabendo a inclusão das três formas de extorsão previstas: arts. 158, 159 e 160. Havendo ou não violência ou grave ameaça, a extorsão deve ficar fora da abrangência da imunidade penal.

17. Estranho que participa do crime: trata-se de expressa menção à afastabilidade da comunicação das imunidades a terceiros estranhos às relações familiares, o que é natural. Se o intuito é preservar a intimidade da família, evitando-se o ódio entre seus membros, que se acirrará em caso de processo criminal, tal medida não tem nenhum liame com o terceiro partícipe do delito. Nesse sentido: TACRIM/SP (atual TJSP): “Furto – Prática contra empresa que tem como sócios o pai e o tio do agente – Isenção de pena nos termos do art. 181 do CP – Inadmissibilidade – Inteligência dos arts. 181 e 182, III, do Código Penal. Embora um dos sócios da empresa-vítima de crime de furto seja o pai do agente, a existência de outro sócio, tio do mesmo, impede a aplicação do art. 181 do CP, pois tal dispositivo só isenta de pena quem pratica

o delito contra ascendente ou descendente” (Ap. 915.147-3, 15.^a C., rel. João Morenghi, 30.03.1995, *RJDTACRIM* 26/114).

18. Idoso: cuida-se de modificação introduzida pela Lei 10.741/2003, visando conferir maior proteção ao idoso e maior punição a quem o eleger como vítima. Neste capítulo estão previstas as denominadas imunidades absolutas e relativas, ou seja, crimes patrimoniais, cometidos sem violência ou grave ameaça, quando praticados entre parentes ou no contexto familiar, não davam ensejo, necessariamente, à punição, conforme o disposto nos arts. 181 e 182. Entretanto, quando o ofendido for idoso, pessoa maior de 60 anos, não haverá imunidade alguma. Assim, se o filho subtrair bens pertencentes ao pai, que possua mais de 60 anos, poderá ser punido, não valendo invocar a imunidade do art. 181, II. A medida é salutar, pois é notória a atuação de muitos descendentes que se apropriam de pensões ou outros bens de seus pais idosos, largando-os à própria sorte. Todavia, não deixa de se criar uma situação peculiar, caso o descendente pratique delito patrimonial, sem violência ou grave ameaça, contra ascendente que possua, por exemplo, 59 anos – nesta hipótese, haverá imunidade absoluta.

Dos crimes contra a propriedade imaterial¹

1. Proteção constitucional: preceitua o art. 216 da Constituição Federal que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”, enquanto o art. 5.º, inciso IX, assegura a “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, bem como prevê, no inciso XXVII, que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Reconhecida constitucionalmente a existência e a possibilidade de amparo da propriedade imaterial, é natural que a legislação ordinária lhe confira a devida proteção. Os bens imateriais são impalpáveis, pois fazem parte do produto da atividade intelectual do ser humano, mas nem por isso deixam de ter considerável valor econômico. Na realidade, eles alcançam a proteção do direito quando se materializam através de obras literárias, científicas ou artísticas e invenções de um modo geral.

Capítulo I

DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Violação de direito autoral^{1-A}

Art. 184. Violar²⁻⁴ direitos⁵ de autor⁶⁻⁷ e os que lhe são conexos:^{7-A}

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1.º Se a violação⁸ consistir em reprodução⁹ total ou parcial, com intuito de lucro¹⁰ direto ou indireto, por qualquer meio ou processo,¹¹ de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma,¹² sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor,¹³ conforme o caso, ou de quem os represente:¹⁴⁻¹⁵

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.^{16-16-A}

§ 2.º Na mesma pena do § 1.º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto,¹⁷ distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito,¹⁸ original ou cópia¹⁹ de obra intelectual ou fonograma²⁰ reproduzido^{20-A} com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.^{21-22-A}

§ 3.º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema^{22-B} que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:²³⁻²⁴

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4.º O disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.²⁵

1-A. Conceito de direito de autor: ensina Carlos Alberto Bittar que o direito autoral “é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências. (...) As relações regidas por esse Direito nascem com a criação da obra, exsurgindo, do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nomeação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos por dois grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros)” (*Direito de autor*, p. 8).

2. Análise do núcleo do tipo: violar significa ofender ou transgredir, tendo por objeto o direito de autor à sua produção intelectual. O tipo é uma norma penal em branco, necessitando, pois, de vinculação com as leis que protegem o direito de autor (consultar as Leis 9.609/98 e 9.610/98), bem como se usando a interpretação do juiz para que possa ter real alcance e sentido. A transgressão ao direito autoral pode dar-se de variadas formas, desde a simples reprodução não autorizada de um livro por

fotocópias até a comercialização de obras originais, sem a permissão do autor. Uma das mais conhecidas formas de violação do direito de autor é o *plágio*, que significa tanto assinar como sua obra alheia, como também imitar o que outra pessoa produziu. O plágio pode dar-se de maneira total (copiar ou assinar como sua toda a obra de terceiro) ou parcial (copiar ou dar como seus apenas trechos da obra de outro autor). São condutas igualmente repugnantes, uma vez que o agente do crime se apropria sorrateiramente de criação intelectual de outrem, o que nem sempre é fácil de ser detectado pela vítima. Diversamente dos delitos patrimoniais comuns, em que o proprietário sente a falta de seu bem tão logo ele sai da sua esfera de proteção e vigilância, no caso da violação de direito de autor torna-se complexo e dificultoso o processo de verificação do plágio ou mesmo da simples utilização não autorizada de obra intelectual, sem a devida remuneração, na forma da lei civil, ao seu autor. Registre-se, desde logo, que a *autorização* dada no § 4.º deste artigo, para que o copista de um único exemplar de obra intelectual ou fonograma, para uso privado, escape à punição, não se relaciona com o *caput*, tendo em vista que somente o disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º ao copista não se aplicam. Ver, ainda, a nota 25 abaixo. Entretanto, pode-se continuar utilizando o disposto na Lei 9.610/98, que prevê exceções e limitações ao direito autoral, não visando punir aquele que reproduz trechos de obras, indicando a fonte, bem como o executor de fonogramas no recinto doméstico, por exemplo. No mais, também podem ser resolvidas algumas situações peculiares por outros mecanismos, como ocorre, v. g., no caso de reprodução de um livro esgotado, para uso privado do copista, até porque o direito autoral estaria preservado, pois o exemplar está fora do comércio, o que caracterizaria fato atípico. Em outras

hipóteses, pode-se levantar a tese do crime de bagatela, quando alguém copia um CD musical de um amigo para uso doméstico e exclusivo seu, sem qualquer ânimo de lucro.

2-A. Direitos de autor: o universo dos direitos de autor compõe-se dos seguintes:

I) *direitos morais*: a) paternidade do autor sobre sua obra; b) indicação do nome do autor (ou intérprete) na utilização de sua obra; c) conservação da obra inédita; d) garantia da integridade da obra; e) modificação da obra; f) retirada da obra de circulação ou suspensão da utilização já autorizada; g) acesso a exemplar único e raro da obra que esteja, legitimamente, em poder de terceiro; II) *direitos patrimoniais*: a) gravação ou fixação; b) extração de cópias para comercialização; c) sincronização ou inserção em filmes em geral; d) tradução, adaptação e outras transformações; e) execução pública (cf. José Carlos Costa Neto, *Direito autoral no Brasil*, p. 179).

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é qualificado, só podendo ser o autor de obra intelectual ou o titular do direito sobre a produção intelectual de outrem, bem como seus herdeiros e sucessores.

4. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem tampouco se exige o elemento subjetivo do tipo específico.

5. Excludentes de tipicidade: são as limitações aos direitos autorais, previstas na Lei 9.610/98, nos seguintes termos: “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e

da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer

natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”. “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.” “Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.”

6. Objetos material e jurídico: o objeto material é a obra violada, desde que inédita, justamente o que lhe confere o caráter de individualizada; o objeto jurídico é a propriedade intelectual. No campo específico do direito de autor, Carlos Alberto Bittar aponta como sendo o objetivo desse ramo da propriedade intelectual “a disciplinação das relações jurídicas entre o criador e sua obra, desde que de caráter estético, em função, seja da criação (direitos morais), seja da respectiva inserção em circulação (direitos patrimoniais), e frente a todos os que, no circuito correspondente, vierem a ingressar (o Estado, a coletividade como um todo, o explorador econômico, o usuário, o adquirente de exemplar)” (*Direito de autor*, p. 19).

7. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial), embora com sujeito passivo qualificado; formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição do patrimônio da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“violar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo

resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

7-A. Direitos conexos aos de autor: acrescentou-se à redação do *caput* do art. 184 a proteção não somente aos direitos de autor, mas também aos “que lhe são conexos”. Ensina Carlos Alberto Bittar que “direitos conexos são os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção ou, ainda, na difusão da obra intelectual. São os denominados direitos ‘análogos’ aos de autor, ‘afins’, ‘vizinhos’, ou, ainda, ‘parautorais’, também consagrados universalmente” (*Direito de autor*, p. 152). E ainda confira-se em Eliane Y. Abrão: “Os chamados direitos conexos aos de autor, conhecidos como direitos vizinhos (*neighbouring rights, droits voisins*) na terminologia estrangeira, estão assentados em um tripé: artistas, gravadoras de discos e emissoras de rádio e televisão. À parte os artistas, os dois outros titulares desses direitos exercem o papel de multiplicadores e difusores das obras, encarregando-se de distribuí-las através de canais de venda, ou outro modo qualquer de acesso à obra intelectual. O mesmo papel exercem as editoras gráficas e musicais, às quais, no entanto, coube tratamento diverso reservado pelo legislador, que sempre as igualou aos próprios autores, equiparando-os no processo criativo” (*Direitos de autor e direitos conexos*, p. 193-194). A inserção guarda sintonia e coerência com as modificações introduzidas pelos §§ 1.º a 3.º, uma vez que se faz expressa menção não apenas ao autor de obra intelectual, como, v. g., da letra de uma música, mas também ao artista intérprete (cantor) ou executante (músico) e ao produtor (pessoas físicas ou jurídicas

que custeiam a realização da obra), que são as figuras auxiliares na concretização e divulgação da obra. No caso de um livro, detentora do direito conexo é a editora que produz, divulga e distribui a obra. Entretanto, cumpre destacar que, mesmo antes do advento da Lei 10.695/2003, grande parte da doutrina incluía no contexto de proteção ao direito de autor os direitos que lhe são conexos. Confira-se em Álvaro Mayrink da Costa: “O direito autoral, que engloba o direito de autor e os chamados direitos conexos do direito de autor (direito dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão), disciplina a atribuição de direitos relativos às obras literárias, científicas e artísticas” (*Direito penal – Parte especial*, v. II, t. II, p. 670-671). Assim também: Mirabete (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 347); Paulo José da Costa Júnior (*Comentários ao Código Penal*, p. 629).

8. Figura qualificada: trata-se de autêntica qualificadora que, tomando por base o núcleo do tipo anterior (*violar*), acrescenta circunstâncias especiais de transgressão ao direito autoral. A pena, por sua vez, aumenta o mínimo e máximo, abstratamente previstos para o crime.

9. Análise do núcleo do tipo: é uma conjugação da *violação* (ofensa ou transgressão) ao direito autoral associada a uma particular maneira de empreendê-la, ou seja, através da *reprodução* (retirada de cópia ou imitação de obra) de obra intelectual ou de fonograma ou videofonograma.

10. Elemento subjetivo do tipo específico: além do dolo, presente na violação de direito autoral, exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no “intuito de lucro”, que pode ser direto (quando o agente obtém ganho, sem rodeios

ou intermediários, na violação do direito de autor; por exemplo, seria o caso de cobrar ingresso para reproduzir, em determinado local, fita de vídeo ou DVD, contendo filme para uso doméstico) ou indireto (quando o agente se vale de interposta pessoa ou situação para atingir o ganho, fruto da violação do direito de autor, como ocorreria, v. g., na conduta do sujeito que reproduz em seu restaurante, para atrair clientela, fitas de vídeo ou DVD, contendo filme destinado a uso doméstico). Essa finalidade específica liga-se à reprodução de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma (inclua-se o videofonograma – ver nota 12 abaixo), sem autorização do autor, do intérprete, do executor, do produtor ou de quem o representante. Tem sido posição da jurisprudência não considerar violação de direito autoral a postura de clubes e associações, sem finalidades *lucrativas*, que tocam fonogramas em bailes ou encontros para animar os sócios. Realmente, nesses casos, pode-se até equiparar o clube à situação do recesso familiar (figura atípica, conforme art. 46, VI, da Lei 9.610/98), onde algumas pessoas usufruem da música sem qualquer intenção de lucrar e transgredir direito autoral.

11. Qualquer meio ou processo: *meio* é um recurso empregado para atingir um determinado objetivo, com um significado mais restrito e menos extenso na linha do tempo; *processo* é uma sequência de atos ou estágios com a finalidade de atingir uma certa meta, possuindo uma noção mais ampla e mais extensa na linha do tempo. Logo, para a reprodução não autorizada de obra intelectual de um modo geral, tanto faz que o agente utilize um método singular (*meio*) ou uma sequência deles (*processo*).

12. Fonograma ou videofonograma: *fonograma* é todo som gravado, como os

contidos em CDs, fitas cassete, discos etc. *Videofonograma* é toda forma de imagem e som gravados em suporte material, tais como fitas de videocassete, DVDs, discos laser etc. Quer-se crer que a figura qualificada foi eleita pela maior facilidade de violação do direito autoral ao ser utilizada a via das gravações de um modo geral, que permitem pronta divulgação a longas distâncias para o grande público. É preciso lembrar da excludente de tipicidade, contida no art. 46, V e VI, da Lei 9.610/98, permissiva da reprodução de fonogramas ou videofonogramas no recesso familiar ou para fins didáticos, sem intuito de lucro, ou em estabelecimentos comerciais para exibição à clientela. Lamentavelmente, na nova redação do § 1.º (o mesmo valendo para os tipos previstos nos §§ 2.º e 3.º), deixou-se de mencionar o videofonograma, que é a forma específica dos suportes materiais de imagem e som, como ocorre com as fitas de vídeo, DVDs, discos laser, dentre outros. Mencionou-se apenas o fonograma, onde se grava apenas o som. Entretanto, tal supressão não deve ser obstáculo à continuidade da criminalização da conduta daqueles que reproduzirem videofonogramas indevidamente. Em primeiro lugar, fonogramas e videofonogramas são apenas espécies de obras intelectuais. Afinal, o autor da letra e da música, quando as tem reproduzidas indevidamente em qualquer tipo de base material, é vítima de violação de obra produzida pelo seu intelecto. O mesmo se dá com o autor de filme, sujeito à gravação em outro tipo de suporte, porém similar, que também concretiza obra que é fruto de seu intelecto. Em segundo lugar, se os fonogramas são expressamente mencionados, não se pode deixar de dar a eles a indispensável interpretação extensiva, para dar lógica e sentido à nova norma editada, que busca maior – e não menor – proteção ao direito de autor, salientando-se, ainda, que videofonogramas não deixam de ser

fonogramas, pois contêm o som da obra produzida (músicas ou diálogos criados pelo autor da obra). A omissão ao termo *videofonograma* não encontra justificativa, até porque a Exposição de Motivos 596, que encaminhou o Projeto da atual Lei 10.695/2003, fez sempre menção a esse tipo de obra e não somente ao fonograma.

13. Autor, artista intérprete ou executante e produtor: falava-se anteriormente apenas no autor (criador da obra intelectual) e no produtor (pessoa física ou jurídica que viabilizou, dando suporte material, a sua concretização). A Lei 10.695/2003 ampliou, para tornar mais clara, embora em nosso entender fosse desnecessário, visto que estava protegida pela lei civil, que é o complemento desta norma penal, a posição dos artistas intérpretes, que são os cantores da música criada pelo autor ou os atores da peça teatral escrita por alguém, bem como a dos executantes, que constituem os músicos da orquestra ou banda.

14. Objetos material e jurídico e classificação: ver notas 6 e 7 *ao caput*.

15. Elemento normativo do tipo: introduziu-se um elemento pertinente à antijuridicidade no tipo, tornando-o um elemento normativo. Assim, havendo “autorização do produtor ou do seu representante”, o fato torna-se atípico.

16. Observação quanto à multa: a modificação trazida pela Lei 10.695/2003 fez ressurgir a multa no contexto dos crimes tipificados nos parágrafos deste artigo. Isto porque, anteriormente, tendo em vista que os §§ 1.º e 2.º tiveram suas redações determinadas pela Lei 8.635/93, fixando esta que o valor da multa fosse estabelecido em *cruzeiros*, ao arrepio do sistema adotado em 1984, consistente no dia-multa, variável e passível de atualização pela correção

monetária, devia-se respeitar a lei mais recente, de modo que a multa era inexistente. Retomou-se, no entanto, a disciplina regular dos demais crimes da Parte Especial do Código Penal, com a mera referência à multa no preceito sancionador. Sua fixação se faz observados os critérios estabelecidos na Parte Geral (art. 49).

16-A. Aumento da pena mínima: possivelmente com a finalidade de evitar a aplicação do disposto na Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo para crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano), para as figuras qualificadas do crime de violação de direito autoral, houve o aumento da pena mínima para dois anos, o que demonstra tratamento mais rigoroso com o delito em questão. Não significa, naturalmente, que esse incremento da pena acarrete o cumprimento da pena em regime carcerário. Pode o juiz aplicar tanto o *sursis* (quando a fixação da pena se der no patamar de dois anos) quanto as penas alternativas (que prevêem um teto de quatro anos).

17. Elemento subjetivo do tipo específico: além do dolo, exige-se o especial “intuito de lucro”, direto ou indireto (ver nota 10 supra).

18. Análise do núcleo do tipo: trata o § 2.º de tipo misto alternativo, isto é, caso o agente pratique uma ou mais condutas, cometerá um único delito. Ex.: se adquirir e, em seguida, expuser à venda um fonograma qualquer, sem autorização legal, pratica um único delito. *Distribuir* (entregar a várias pessoas em diversos locais), *vender* (alienar por um preço determinado), *expor à venda* (exibir para atrair compradores), *alugar* (ceder o objeto por tempo determinado mediante o pagamento de certo preço), *introduzir no País* (fazer ingressar), *adquirir* (obter ou conseguir), *ocultar* (esconder ou disfarçar), *ter em depósito* (manter alojado

ou guardado) constituem as condutas alternativas que o agente pode concretizar. O objeto, neste caso, é a obra intelectual, o fonograma ou o videofonograma.

19. Original ou cópia: *original* é a obra primitiva, realizada pela primeira vez; *cópia* é a reprodução de um original, feita por qualquer forma. Tanto faz, para efeito de punição, que o agente se valha de original ou cópia de obra. Entretanto, pode-se ainda verificar que a simples extração de cópia do original constitui crime, previsto no *caput*, quando sem intenção de lucro. Mas quando tal extração ocorre para o fim de prática da figura prevista neste parágrafo, é natural que o delito qualificado absorva a forma simplificada, que não passou de um *crime-meio* para atingir o *crime-fim*.

20. Utilização de marca legítima de outrem: trata-se de crime previsto em lei especial, não se enquadrando no tipo penal do art. 184, § 2.º (ver arts. 190 e 194 da Lei 9.279/96). Nessa ótica: “A utilização de marca legítima de outrem em artigo que não é de fabricação da titular da marca não se trata do crime descrito no art. 184, § 2.º, do Código Penal, mas de infração a alguns dos dispositivos da Lei 9.279/96, persequíveis apenas mediante ação privada iniciada através de queixa” (TJSP, HC 293.946-3, São Paulo, 2.ª C., rel. Canguçu de Almeida, 27.09.1999, v. u., *JUBI* 40/99).

20-A. Interpretação extensiva: na modificação deste parágrafo, olvidou o legislador a possibilidade de ser a obra ou fonograma *produzido* com violação de direito autoral, o que havia na redação original. Portanto, para dar coerência ao artigo, onde se lê, atualmente, *reproduzido*, inclua-se *produzido*.

21. Elemento normativo do tipo: outra vez, utiliza-se o legislador, na construção

do tipo, de elementos pertinentes à ilicitude. Assim, introduzido no tipo “com violação do direito de autor”, na primeira parte, e “sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente”, na segunda, tornam-se elementos normativos do tipo. A autorização do autor, portanto, torna o fato atípico.

22. Classificação: mantém-se a mesma classificação feita no tocante ao *caput*, acrescentando-se somente que o crime é permanente (a consumação se prolonga no tempo) nas formas “expor à venda”, “ocultar” e “ter em depósito”.

22-A. Acréscimo na figura típica: na norma anterior à Lei 10.695/2003, previa-se somente a conduta de quem vendia, expunha à venda, alugava, introduzia no País, adquiria, ocultava, emprestava, trocava ou tinha em depósito original ou cópia de obra intelectual, fonograma e videofonograma, *produzidos ou reproduzidos com violação de direito autoral*, acrescentando-se, agora, também a conduta de quem aluga original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma (este último por interpretação extensiva dos primeiros), produzidas ou reproduzidas legitimamente, porém *sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente* para a locação. A intenção foi nítida: atingir as locadoras de vídeo ou DVD, que se servem, muitas vezes, de material produzido licitamente (não são “cópias piratas”), mas que não possuem autorização para esse tipo de comércio, isto é, embora sejam fitas ou DVDs originais, seu destino seria o uso doméstico. Aliás, note-se que, sem a inclusão dos videofonogramas (termo extirpado do tipo por descuido), ficaria sem sentido essa nova previsão, pois não se costuma, como regra, fazer locação de livros ou CDs de música, mas sim de fitas de vídeo e DVDs.

22-B. Violação do direito de autor por outros meios (cabos, fibra ótica, satélite, ondas): o incremento da tecnologia, proporcionando formas cada vez mais céleres e facilitadas de acesso a obras intelectuais de um modo geral, obrigou a inclusão deste parágrafo. É perfeitamente possível a violação do direito de autor através da internet, por exemplo, valendo-se o agente do crime do oferecimento ao público, com intuito de lucro, de músicas, filmes, livros e outras obras, proporcionando ao usuário que as retire da rede, pela via de cabo ou fibra ótica, conforme o caso, instalando-as em seu computador. O destinatário da obra (lembramos que há livros inteiros que podem ser captados na internet, instalando-os no disco rígido do computador para leitura) paga pelo produto, mas o valor jamais chega ao autor. Assim, o fornecedor não promove a venda direta ao consumidor do produto (que seria figura do parágrafo anterior), mas coloca em seu *site*, à disposição de quem desejar, para *download*, as obras que o autor não autorizou expressamente que fossem por esse meio utilizadas ou comercializadas. Lembremos que, atualmente, até mesmo por satélite ou ondas torna-se possível a recepção de obras em geral, sendo útil para a recepção um simples aparelho celular ou, como é mais comum, através da televisão por assinatura (TV a cabo ou por ondas). Nesse prisma, garantindo a aplicação da lei de proteção aos direitos autorais – consequentemente deste tipo penal –, em relação à TV por assinatura, explica Carlos Alberto Bittar que o “uso novo representa processo autônomo e distinto de utilização de obra intelectual (Lei 9.610, de 19.02.1998, art. 31), de sorte que se encarta, perfeitamente, ao regime autoral, dependendo a exploração da obra, no sistema, de autorização autoral e da correspondente remuneração do criador, incluída também a defesa dos sinais

quanto aos direitos da empresa emissora” (*Contornos atuais do direito de autor*, p. 200). A norma incriminadora, no entanto, não contempla a figura do oferecimento ao público de obras em geral, sem intuito de lucro. Portanto, nessa hipótese, caso haja discordância do autor, pode-se usar a figura do *caput*.

23. Determinação para a destruição da produção ou reprodução criminosa: foi suprimido deste parágrafo o texto que impunha ao juiz, em caso de condenação, dar a ordem para a destruição da produção ou reprodução delituosa. Em seu lugar, introduziu-se novo tipo penal. Entretanto, a possibilidade de destruição da produção ou reprodução apreendida encontra guardada no art. 530-F do Código de Processo Penal (“Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito”). Consta, ainda, no art. 530-G, que “o juiz, ao prolatar a sentença condenatória, poderá determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos e o perdimento dos equipamentos apreendidos, desde que precipuamente destinados à produção e reprodução dos bens, em favor da Fazenda Nacional, que deverá destruí-los ou doá-los aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a instituições públicas de ensino e pesquisa ou de assistência social, bem como incorporá-los, por economia ou interesse público, ao patrimônio da União, que não poderão retorná-los aos canais de comércio”. Nota-se, pois, que, durante o processo, somente poderá o magistrado determinar a destruição das produções ou

reproduções apreendidas caso não mais interessem à formação do corpo de delito (prova da existência do crime), desde que haja requerimento da vítima nesse sentido. Logo, não pode o juiz atuar de ofício. Por outro lado, quando há condenação, o julgador *poderá* (o antigo § 3.º do art. 184 valia-se do verbo “determinará”, que significava imposição) determinar a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos. Trata-se, nesse prisma, de ato facultativo. A segunda parte do art. 530-G do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de haver o confisco dos equipamentos utilizados para a produção ou reprodução ilícita dos referidos bens. Estes poderão ser destruídos ou doados aos Estados, Municípios, Distrito Federal e instituições públicas em geral, bem como poderá haver a sua incorporação ao patrimônio da União. Em suma, os objetos apreendidos (fitas cassete ou CDs) *poderão* ser destruídos. Mas se a destruição é facultativa, embora certamente haja o confisco do mesmo modo, a teor do preceituado pelo art. 91, II, *b*, do Código Penal, o que a União faria com pilhas de CDs apreendidos? Devolveria à vítima? E se esta não os quisesse? Certamente que outro caminho não poderá haver senão o da destruição, visto que os objetos ilicitamente produzidos ou reproduzidos não podem ser doados, como se permitiu aos equipamentos que os fabricaram.

24. Crime de violação de direito do autor de programas produzidos para computador (softwares): ver art. 12 da Lei 9.609/98: “Violar direitos de autor de programa de computador: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. § 1.º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio,

sem autorização expressa do autor ou de quem o represente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2.º Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral. § 3.º Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo: I – quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público; II – quando, em decorrência de ato delituoso, resultar sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo. § 4.º No caso do inciso II do parágrafo anterior, a exigibilidade do tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, processar-se-á independentemente de representação”. O referido artigo foi analisado em nosso livro *Leis penais e processuais penais comentadas*.

25. Exceções ou limitações ao direito de autor: o disposto neste parágrafo pode ser considerado inútil, porque supérfluo. Note-se que, na primeira parte, menciona-se não ser aplicável o disposto nos tipos penais previstos nos §§ 1.º, 2.º e 3.º, reiterando autêntica excludente de tipicidade, às situações de exceção ou limitação de direito autoral previstas expressamente na Lei 9.610/98. Ocorre que, ainda que nada fosse mencionado, continuaria a vigorar o disposto nesta última lei, em especial no art. 46 (ver nota 5 supra), que traz um rol de situações excepcionais e limitativas do direito de autor. Assim, nada mudou, uma vez que se sabe que excludentes de tipicidade ou de ilicitude podem estar dispostas

em leis extrapenais. Era e continua sendo justamente o caso da Lei 9.610/98. Logo, não tem utilidade prática este dispositivo. Aliás, o parágrafo em comento menciona somente as hipóteses dos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 184. E quanto ao disposto no *caput*? Não se aplicaria, também a ele, eventual exceção ou limitação encontrada na referida Lei 9.610/98? Cremos que sim, ainda que o § 4.º não lhe faça qualquer referência. Quanto à segunda parte do artigo, observa-se que o legislador pretendeu *autorizar* a cópia de obra intelectual ou fonograma, quando feita em um só exemplar, para uso privado do copista, desde que não haja *intuito de lucro*. Ora, todos os tipos incriminadores previstos nos §§ 1.º, 2.º e 3.º, para se tornarem aplicáveis a fatos concretos, exigem a presença do *intuito de lucro direto ou indireto*. Logo, não havendo o elemento subjetivo específico, o fato é atípico. Por isso, o disposto no § 4.º deste artigo é desnecessário.

Art. 185. (Revogado pela Lei 10.695/2003.)

Art. 186. Procede-se mediante:

I – queixa, nos crimes previstos no *caput* do art. 184;²⁶

II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184;²⁷⁻²⁸

III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;²⁹

IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3.º do art. 184.³⁰

26. Ação penal privada: somente a vítima tem legitimidade para dar início à ação penal, por meio da queixa-crime, quando se tratar de violação de direito de

autor na forma simples. Nessa hipótese, continuam a ser utilizados os arts. 524 a 530 do Código de Processo Penal, que prevê procedimento especial prévio para o início da ação penal. Assim, é necessário que o ofendido apresente um requerimento ao juiz para que seja expedido um mandado de busca e apreensão do material objeto da violação. Após, realizar-se-á perícia para que se comprove a materialidade da infração penal, o que viabilizará o ajuizamento da ação penal.

27. Ação pública incondicionada quando houver intuito de lucro: sabe-se que a violação do direito de autor propaga-se em ritmo acelerado, justificando, de fato, a mudança da lei, para conferir maior autonomia e liberdade de ação à autoridade policial e ao Ministério Público. Enquanto se previa a ação privada como regra e a pública como exceção, ainda que o infrator se movesse com o nítido intuito de lucro, era muito mais difícil controlar a *pirataria*. Não poderia o delegado de polícia, por exemplo, agir de ofício, caso encontrasse um depósito de CDs, de variados conteúdos musicais, pois dependeria de provocação da vítima. E onde seria ela encontrada? Com que rapidez antes que a materialidade se perdesse? Logicamente, terminava sem qualquer punição a infração penal. Artistas e intelectuais de um modo geral não têm tempo nem condições de fiscalizar a utilização de suas obras, além de ser um trabalho quase impossível, motivo pelo qual a autoridade pública deve ocupar seu lugar. Transformando os crimes previstos nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 do Código Penal em delitos de ação pública incondicionada, o trabalho policial recebeu um voto de confiança, com o aval da classe artística e intelectual. A alteração já produz resultados práticos positivos: TJSP: “Venda de produtos

com a imagem de personagens de desenho animado sem a autorização dos detentores dos direitos de exploração da obra artística – Conduta tipificada nos §§ 1.º e 2.º do art. 184 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 10.695/2003 – Ação penal pública incondicionada – Legitimidade do Ministério Público para sua propositura – Inteligência do art. 186, II, do Código Penal, sob a nova redação” (RSE 397.973-3/2, São Paulo, 6.ª C., rel. Ricardo Tucunduva, 27.11.2003, v. u., *JUBI* 92/04).

28. Facilitação do procedimento: a modificação do Código de Processo Penal também foi salutar. O art. 530-B estipula que, “nos casos das infrações previstas nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito”. Após, sem necessidade de ser a perícia conduzida por peritos do juiz (como prevê o art. 527, CPP), basta que a análise do material apreendido seja feita por perito oficial, ou, na sua falta, por pessoa tecnicamente habilitada (art. 530-D).

29. Proteção especial às entidades de direito público: permanece o desiderato de proteger, de um modo mais amplo e eficaz, as entidades de direito público, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Poder Público, considerando de ação pública incondicionada qualquer delito de violação de direito de autor.

30. Ação pública condicionada à representação: no caso do § 3.º do art. 184, a ação é pública condicionada, isto é, há necessidade de se colher a concordân-

cia da vítima para que o Estado (polícia e Ministério Público) possa agir. Segundo nosso entendimento, essa hipótese deveria estar no mesmo contexto das anteriores, ou seja, ser de ação pública incondicionada. A vantagem, no entanto, é que, havendo a representação, segue-se o disposto no art. 530-B e seguintes e não nos arts. 525 a 530, que possuem maiores restrições ao exercício do direito de ação.

Capítulo II DOS CRIMES CONTRA O PRIVILÉGIO DE INVENÇÃO

Arts. 187 a 191. *(Revogados pela Lei 9.279/96.)*

Capítulo III DOS CRIMES CONTRA AS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO

Arts. 192 a 195. *(Revogados pela Lei 9.279/96.)*

Capítulo IV DOS CRIMES DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

Art. 196. *(Revogado pela Lei 9.279/96.)¹*

1. Crimes contra a propriedade industrial: os crimes contra a propriedade industrial estão disciplinados nos arts. 183 a 195 da Lei 9.279/96.

Dos crimes contra a organização do trabalho¹⁻²

1. Proteção constitucional: a Constituição Federal protege os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como o direito de greve, portanto, a organização do trabalho (arts. 7.º, 8.º e 9.º). Por outro lado, estabelece que cabe aos juízes federais processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho (art. 109, VI). Entretanto, nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal tem posição firmada de que, a despeito de o texto expresso da Constituição dar a entender que todos os delitos previstos no Título IV do Código Penal devem ser da competência da Justiça Federal, somente os crimes que ofendem interesses coletivos do trabalho pertencem à esfera federal; os demais devem ser processados e julgados pela Justiça Estadual. Lembremos que a Justiça do Trabalho não julga nenhum tipo de causa criminal, nem mesmo os delitos contra a organização do trabalho. Nesse sentido: STF: “O Tribunal deferiu pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para, com efeito *ex tunc*, dar interpretação conforme à Constituição Federal aos incisos I, IV e IX do seu art. 114 no sentido de que neles a Constituição não atribuiu, por si sós, competência criminal genérica à Justiça do Trabalho (CF: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (...) IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (...) IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”).

Entendeu-se que seria incompatível com as garantias constitucionais da legalidade e do juiz natural inferir-se, por meio de interpretação arbitrária e expansiva, competência criminal genérica da Justiça do Trabalho, aos termos do art. 114, I, IV e IX, da CF. Quanto ao alegado vício formal do art. 114, I, da CF, reportou-se à decisão proferida pelo Plenário na ADI 3.395/DF (*DJU* 19.04.2006), na qual se concluiu que a supressão do texto acrescido pelo Senado em nada alterou o âmbito semântico do texto definitivo, tendo em conta a interpretação conforme que lhe deu” (ADI 3684 MC-DF, Pleno, rel. Cezar Peluso, 1.º.02.2007, v. u.).

2. Crítica ao título “Organização do Trabalho”: parece-nos pertinente a alteração do bem jurídico protegido pelas figuras típicas deste Título, como pondera João Marcello de Araújo Júnior, ao dizer que há uma idéia autoritária por trás da *organização do trabalho*, devendo-se falar em proteção à dignidade, liberdade, segurança e higiene do trabalho, valores históricos dos trabalhadores assalariados, além de suas reivindicações na defesa de seus interesses (*Dos crimes contra a ordem econômica*, p. 91).

Atentado contra a liberdade de trabalho

Art. 197. Constranger³⁻⁴ alguém, mediante violência ou grave ameaça:⁵⁻⁸

I – a exercer ou não exercer⁹ arte, ofício, profissão ou indústria,¹⁰ ou a trabalhar ou não trabalhar¹¹ durante certo período ou em determinados dias:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência;¹²

II – a abrir ou fechar¹³ o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar¹⁴ de

parede¹⁵ ou paralisação de atividade econômica:¹⁶

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.¹⁷⁻¹⁸

3. Análise do núcleo do tipo: *constranger* significa tolher a liberdade ou coagir. A conduta incriminada é o constrangimento exercido contra trabalhador, valendo-se de violência ou grave ameaça, para que faça o que a lei não manda ou deixe de fazer o que a lei permite.

4. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa; o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, desde que na condição de trabalhador – empregado ou patrão, conforme o caso. Cremos que a pessoa jurídica não pode ser sujeito passivo deste crime, porque o tipo penal é apenas uma forma específica de cercear a liberdade da pessoa humana ao seu legítimo direito ao trabalho. Como diz Hungria, “é o crime de *constrangimento ilegal* especialmente considerado quando lesivo da liberdade de trabalho” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 30). A letra da lei é clara em todos os incisos e situações: *a)* constranger pessoa – que somente pode ser humana – a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria; *b)* constranger pessoa – também somente a humana – a trabalhar ou não trabalhar em certos períodos ou dias; *c)* constranger pessoa humana a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho. Note-se que a coação deve voltar-se contra *alguém* que possa *abrir* ou *fechar* o seu estabelecimento. Ora, somente o ser humano pode ser vítima da violência ou da grave ameaça, abrindo ou fechando o que lhe pertence. Não tem cabimento dizer, por exemplo, que a loja fechada pelo empregado, que sofreu a violência, tem por sujeito passivo a pessoa jurídica, uma vez que foi o vendedor que

fechou o estabelecimento e este não lhe pertence. Eis por que é inadequado dizer que a pessoa jurídica é o sujeito passivo. No exemplo citado, se o constrangimento voltou-se somente contra o empregado, incide a hipótese do inciso I. Se foi contra o dono da loja (pessoa humana), incide o inciso II. Assim, também, a posição de Mirabete (*Manual de direito penal*, v. 2, p. 390). Em sentido contrário há a lição de Noronha, para quem o pronome indefinido “alguém” pode compreender a pessoa jurídica, embora reconheça que o constrangimento há de recair sobre a pessoa física que a dirige (*Direito penal*, v. 3, p. 49). No mesmo sentido: Mayrink da Costa (*Direito penal – Parte especial*, v. 2, t. II, p. 837).

5. Violência ou grave ameaça: são as formas eleitas pelo tipo penal para a prática do crime. A violência é o emprego de força física para dobrar a resistência de alguém, enquanto a grave ameaça é a violência moral, intimidando-se a pessoa para que atue conforme quer o agente.

6. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é a liberdade de trabalho.

8. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade de trabalho); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal);

instantâneo (cuja consumação não se arrasta no tempo) ou permanente (cujo resultado se prolonga no tempo), conforme o caso concreto; de dano (consoma-se apenas com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

9. Exercer ou não exercer: o verbo *exercer* (desempenhar ou praticar) implica em habitualidade, motivo pelo qual, com razão, defende Hungria ser o crime permanente, pois a consumação se arrasta no tempo (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 39). De fato, enquanto o constrangimento impedir o trabalhador de *exercer* o seu mister ou atuar para que *exerça* o que *não* deseja, estar-se-á atentando contra a liberdade de trabalho. O mesmo se diga para as demais formas de conduta: *trabalhar* implica em habitualidade. O constrangimento exercido para impedir ou obrigar ao trabalho também é permanente. No tocante a abrir ou fechar, voltamos à conjugação com o núcleo principal, que é constranger. Enquanto o trabalhador for obrigado a manter fechado ou aberto o seu estabelecimento, contra sua vontade, está se consumando o delito. E, finalmente, o mesmo vale para a obrigação contínua de *participar* de paralisação da atividade laborativa.

10. Arte, ofício, profissão ou indústria: *arte* é atividade manual, implicando em habilidade, aptidão e técnica; *ofício* é habilidade manual ou mecânica, socialmente útil. Ambas podem ser remuneradas ou não. *Profissão* é atividade especializada, material ou intelectual, exercida, em regra, mediante remuneração, demanda preparo e devida regulamentação. *Indústria* é atividade de transformação de materiais, conforme as necessidades humanas – implica em destreza e aptidão.

11. Trabalhar ou não trabalhar: ver nota 9 anterior, relativa ao verbo “exercer”.

12. Delito subsidiário: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 197, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

13. Abrir ou fechar: ver nota 9 anterior, relativa ao verbo “exercer”.

14. Participar: ver nota 9 anterior, relativa ao verbo “exercer”.

15. Parede: é o abandono coletivo do trabalho, ou seja, é a greve. Para melhor compreender o alcance do tipo, é preciso analisar o conteúdo da Lei 7.783/89, que disciplina o direito de greve. Em vários dispositivos, menciona-se estar assegurado o *direito de greve*, embora a paralisação deva ser, sempre, *pacífica*, assegurando-se aos grevistas o emprego de meios *pacíficos* para persuadir outros trabalhadores à adesão ao movimento, vedando-se o uso de qualquer tipo de constrangimento (arts. 1.º, 2.º e 6.º). Justamente por isso é cabível punir aqueles que impedirem, com violência ou grave ameaça, o direito de trabalhar.

16. Paralisação de atividade econômica: é a cessação, temporária ou definitiva, de uma atividade lucrativa.

17. Delito subsidiário: como já ressaltado, prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 197, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

18. Competência: Justiça Estadual (objeto protegido: interesse individual do

trabalhador). Eventualmente, pode ser da Justiça Federal, se vários forem os trabalhadores atingidos.

Atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta

Art. 198. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça,¹⁹⁻²¹ a celebrar contrato de trabalho,²² ou a não fornecer²³ a outrem ou não adquirir²⁴ de outrem matéria-prima²⁵ ou produto industrial ou agrícola;²⁶⁻²⁸

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.²⁹⁻³⁰

19. Análise do núcleo do tipo: ver nota 3 ao artigo anterior, inclusive no tocante à análise da violência ou grave ameaça.

20. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. Registre-se que o constrangimento exercido contra uma ou mais de uma pessoa importa sempre em crime único.

21. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

22. Contrato de trabalho: é o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (definição de contrato individual dada pelo art. 442 da CLT) ou o “acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho” (definição de convenção ou contrato coletivo dada pelo art. 611 da CLT). Como bem lembra Noronha, “embora a coação, no contrato

coletivo, seja mais difícil, pelas exigências legais quanto à sua conclusão e validade, não é impossível de ser exercida sobre componentes de sindicatos, em número suficiente para a aprovação contratual” (*Direito penal*, v. 3, p. 54).

23. Fornecer: significa abastecer, prover ou proporcionar. A figura incriminada (“não fornecer” ou “não adquirir”) é a chamada *boicotagem violenta*, que está estampada na rubrica do tipo penal. Valendo-nos do ensinamento de Hungria, “*boicotagem* vem do nome de um administrador agrícola, na Irlanda, James *Boycott*, com quem os camponeses e fornecedores da região romperam relações (forçando-o a emigrar para a América), em represália à sua atuação vexatória. Trata-se de uma espécie de *ostracismo econômico*: a pessoa atingida pela boicotagem é posta à margem do círculo econômico a que pertence, vendo-se na contingência de cessar sua atividade, porque ninguém lhe fornece os elementos indispensáveis a ela, nem lhe adquire os produtos” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 41).

24. Adquirir: quer dizer obter, comprar ou conseguir.

25. Matéria-prima: é uma substância bruta da qual se extrai alguma coisa.

26. Produto agrícola ou industrial: é o resultado da atividade agrícola ou industrial.

27. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento; o objeto jurídico é a liberdade de trabalho.

28. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico,

consistente no tolhimento efetivo da liberdade de trabalho da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) ou permanente (cuja consumação se prolonga no tempo), conforme o caso concreto; de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

29. Tipo cumulativo: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 198, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

30. Competência: Justiça Estadual (objeto protegido: interesse individual do trabalhador). Pode ser da Justiça Federal, caso o contrato seja coletivo.

Atentado contra a liberdade de associação

Art. 199. Constranger³¹⁻³³ alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar³⁴ de determinado sindicato ou associação profissional:³⁵⁻³⁷

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.³⁸⁻³⁹

31. Análise do núcleo do tipo: ver nota 3 ao art. 197.

32. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. No caso do sujeito

passivo, exige-se que seja trabalhador ou profissional, passível de tomar parte em sindicato ou associação.

33. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

34. Participar ou deixar de participar: *participar* é tomar parte ou associar-se. O constrangimento, nesse caso, tem por meta obrigar alguém a tomar parte (ação) ou a não se associar (omissão) a um sindicato ou associação profissional.

35. Associação profissional e sindicato: associação profissional é o agrupamento de empregadores, empregados, trabalhadores, intelectuais, técnicos ou manuais, exercendo a mesma profissão ou profissões similares ou conexas, para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses profissionais (art. 1.º do Decreto-lei 1.402/39 e art. 511 do Decreto-lei 5.452/43 – CLT). Sindicato é a associação profissional reconhecida por lei (art. 50 do Decreto-lei 1.402/39 e art. 561 do Decreto-lei 5.452/43 – CLT).

36. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa constrangida; o objeto jurídico é a liberdade de associação e filiação a sindicato, constitucionalmente garantida (arts. 5.º, XVII, e 8.º, V, CF).

37. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no tolhimento à liberdade de filiação ou associação da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“constranger” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13,

§ 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) ou permanente (a consumação prolonga-se no tempo), conforme o caso concreto; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

38. Tipo cumulativo: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 199, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

39. Competência: Justiça Federal (se afetar a existência da associação ou do sindicato, que é interesse coletivo do trabalhador) ou Justiça Estadual (se atingir somente o interesse individual do trabalhador).

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem

Art. 200. Participar⁴⁰⁻⁴² de suspensão⁴³ ou abandono coletivo⁴⁴ de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa.⁴⁵⁻⁴⁷

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.⁴⁸⁻⁴⁹

Parágrafo único. Para que se considere coletivo o abandono de trabalho, é indispensável o concurso de, pelo menos, 3 (três) empregados.⁵⁰

40. Análise do núcleo do tipo: *participar*, como já mencionado, refere-se a tomar parte ou associar-se. Exige, nesse caso, a existência de uma multiplicidade de pessoas que paralisam o trabalho, pois somente se pode *tomar parte* quando há várias pessoas agrupadas (três pelo menos) para qualquer fim.

41. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa, com a ressalva de que o sujeito ativo deve ser empregado ou empregador, pois o tipo exige a *paralisação do trabalho*.

42. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

43. Suspensão do trabalho: é a paralisação promovida pelos empregadores (*lockout*), ou seja, a greve patronal.

44. Abandono coletivo do trabalho: é a paralisação efetuada pelos empregados (greve).

45. Violência contra pessoa ou coisa: nesta figura típica, deixa claro o legislador ser punida a paralisação violenta do trabalho, podendo a força física voltar-se contra pessoas ou contra coisas. Portanto, a greve, em si mesma, não é crime. Fazê-lo com violência, ferindo pessoas ou destruindo coisas – evidentemente alheias –, é que tipifica a infração penal.

46. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa ou coisa que sofre a violência. O objeto jurídico é a liberdade de trabalho.

47. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial, isto é, empregado); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na ofensa à integridade física ou destruição do patrimônio alheio); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano

(consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); plurissubjetivo (que pode ser praticado por mais de um agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

48. Tipo cumulativo: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 200, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

49. Competência: é da Justiça Federal, pois o abandono de trabalho é coletivo.

50. Abandono coletivo de trabalho: não se trata de um delito de concurso necessário, isto é, aquele que somente pode ser praticado por mais de uma pessoa. O que pretende o legislador com esta norma explicativa é proporcionar um adequado entendimento do tipo, evidenciando que o abandono coletivo necessita ocorrer com, no mínimo, três empregados agrupados. No caso da suspensão, nada se mencionou, de modo que não cabe dizer que se exigem, no mínimo, três patrões, embora, por conta do verbo (“participar”), se deva buscar o agrupamento de pelo menos três pessoas, podendo ser um empregador e dois empregados, por exemplo.

Paralisação de trabalho de interesse coletivo

Art. 201. Participar⁵¹⁻⁵² de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando⁵³ a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:⁵⁴⁻⁵⁶

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

51. Análise do núcleo do tipo: ver nota 40 ao artigo anterior, quanto aos conceitos fundamentais deste tipo. Cumpre ressaltar, no entanto, que o art. 201 sofreu

séria limitação após a edição da Constituição Federal de 1988 e da Lei 7.783/89 (sobre o direito de greve). Enquanto o art. 9.º da Constituição preceitua ser *direito* do trabalhador promover e participar de greve, sem limitações, a lei supramencionada disciplina os serviços e atividades de natureza essencial, onde deve haver cautela na paralisação, a fim de atender às necessidades inadiáveis da comunidade. E mais: estabeleceu, nitidamente, que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei” (art. 9.º, § 2.º, CF). Portanto, para compreender o alcance do ainda vigente art. 201, torna-se indispensável consultar a legislação ordinária, especificamente a Lei 7.783/89. Entendemos que o direito de greve no setor não essencial é ilimitado, razão pela qual não mais tem aplicação a figura típica do art. 201. Entretanto, como nos setores essenciais o direito não é ilimitado, mas controlado por lei, pode haver abuso. Nesse prisma, ainda há possibilidade de punição. Consultem-se, a respeito, os arts. 11, 14 e 15 da Lei de Greve: “Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. “Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho. Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que: I – tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; II – seja

motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho.” “Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal. Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.”

52. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que seja empregado ou empregador, tendo em vista que se trata de paralisação *de trabalho*. O sujeito passivo é a coletividade.

53. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Cremos ser necessário o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de tomar parte de uma paralisação *para interromper obra pública ou serviço de interesse coletivo*.

54. Objetos material e jurídico: o objeto material é o trabalho paralisado. O objeto jurídico é o interesse da sociedade na manutenção dos serviços.

55. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial, que é a condição de empregado); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva paralisação do serviço de interesse coletivo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (embora o tipo seja concernente à paralisação de serviços, dando a idéia de uma omissão, o núcleo é de ação: “tomar parte”) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de

maneira instantânea, não se prolongando no tempo); plurissubjetivo (que somente pode ser praticado por mais de uma pessoa, visto não ter cabimento falar em cessação de serviço público por um único agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

56. Competência: Justiça Federal (o interesse no trabalho é coletivo).

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem

Art. 202. Invadir ou ocupar⁵⁷⁻⁵⁸ estabelecimento⁵⁹ industrial, comercial ou agrícola, com o intuito⁶⁰ de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar⁶¹ o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor.⁶²⁻⁶⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

57. Análise do núcleo do tipo: *invadir* (entrar ou ocupar usando a força) e *ocupar* (entrar na posse) são as condutas incriminadas neste tipo, tendo por objeto um estabelecimento industrial, comercial ou agrícola.

58. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o proprietário do estabelecimento, em primeiro lugar, podendo-se falar na coletividade, em segundo plano, se ela foi privada de serviço essencial.

59. Estabelecimento: é o lugar onde se desenvolve um determinado tipo de atividade. No caso presente, ele deve ser industrial, comercial ou agrícola.

60. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico alternativo, consistente no intuito de *impedir* (impossi-

bilitar a execução, estorvar) ou *embaraçar* (colocar impedimento ou tolher) o curso do trabalho ou mesmo com a finalidade de *dani-ficar* (estragar, deteriorar) o estabelecimento ou suas coisas, podendo delas dispor.

61. Sabotagem: é o nome dado para a invasão ou ocupação de estabelecimento com o fim de destruir ou estragar o local ou os objetos nele constantes.

62. Objetos material e jurídico: o objeto material é o estabelecimento industrial, comercial ou agrícola ou as coisas nele existentes. Os objetos jurídicos são a liberdade de trabalho e o patrimônio do proprietário.

63. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no impedimento ao curso do trabalho ou na destruição das coisas do estabelecimento); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); permanente (cujo resultado se dá de maneira prolongada, já que as ações são *invadir* e *ocupar*, implicando em continuidade); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

64. Competência: Justiça Federal (o interesse é coletivo).

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista

Art. 203. Frustrar,⁶⁵⁻⁶⁶ mediante fraude ou violência,⁶⁷⁻⁶⁸ direito assegurado pela legislação do trabalho.⁶⁹⁻⁷¹

Pena – detenção de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.⁷²⁻⁷³

§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

I – obriga ou coage⁷⁴⁻⁷⁵ alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar⁷⁶ o desligamento do serviço em virtude de dívida;⁷⁷⁻⁷⁸

II – impede⁷⁹⁻⁸⁰ alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação⁸¹ ou por meio da retenção⁸² de seus documentos pessoais ou contratuais.⁸³⁻⁸⁴

§ 2.º A pena é aumentada⁸⁵ de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa,⁸⁶ gestante,⁸⁷ indígena⁸⁸ ou portadora de deficiência física ou mental.⁸⁹

65. Análise do núcleo do tipo: *frustrar* implica em enganar ou iludir. O objeto é o direito trabalhista, fazendo, pois, com que o trabalhador corra o risco de experimentar perdas ilegais.

66. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo há de ser o titular do direito que foi frustrado (empregado ou empregador).

67. Fraude ou violência: não se vale o legislador da *grave ameaça*, contentando-se com a violência (força física) ou com a fraude (ação praticada com má-fé).

68. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

69. Norma penal em branco: é indispensável consultar a legislação trabalhista a fim de saber quais são os direitos assegurados ao trabalhador.

70. Objetos material e jurídico: o objeto material é o direito trabalhista. O

objeto jurídico é a organização do trabalho e sua legislação.

71. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva frustração do direito); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ("frustrar" implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) ou permanente (cuja consumação se prolonga no tempo), conforme o caso concreto; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

72. Tipo cumulativo: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 203, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

73. Competência: pode ser da Justiça Federal (quando o interesse em questão afeta órgãos coletivos do trabalho – TRF-3.ª Região, RSE 95.03.095192-SP, 1.ª T., rel. Sinval Antunes, 24.06.1997, v. u.) ou da Justiça Estadual (quando o interesse é individual).

74. Análise do núcleo do tipo: *obrigar* significa forçar, constranger ou impelir; *coagir* quer dizer constranger com força física ou ameaças. Compõem-se essas condutas com a ação de *usar* (empregar com habitualidade) mercadorias de determinado estabelecimento. A intenção legislativa é coibir aqueles que forcem trabalhadores a contrair dívidas em estabelecimentos

do patrão, impossibilitando-os, portanto, de deixar o serviço. Note-se, entretanto, que este delito passa a ser subsidiário em relação ao previsto no art. 149 do Código Penal (redução à condição análoga à de escravo). Assim, o empregador que cerceia a liberdade de locomoção do empregado em virtude de dívida responde pelo delito do art. 149. Para incidir na figura do art. 203, § 1.º, I, é preciso que a conduta não envolva restrição à liberdade de ir e vir do trabalhador. Em verdade, neste caso (art. 203), há uma restrição moral ao empregado, enquanto naquele (art. 149) a restrição é física.

75. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O passivo há de ser o trabalhador impedido de se desligar do serviço.

76. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, que é a vontade de impedir o desligamento do trabalhador em virtude de dívida.

77. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa constrangida; o objeto jurídico é a liberdade de trabalho.

78. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva vinculação do trabalhador ao emprego por conta da dívida); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente);

plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

79. Análise do núcleo do tipo: *impedir* significa obstaculizar ou opor-se, tendo por objeto o trabalhador que pretende desligar-se do serviço.

80. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o passivo há de ser o trabalhador prejudicado.

81. Coação: é a violência física ou moral.

82. Retenção de documentos: é a conduta daquele que detém em seu poder ou sob sua guarda os documentos pessoais (RG, CIC etc.) ou contratuais (carteira de trabalho), de forma a impedir que o trabalhador arranje outro emprego, mas sem implicar em cerceamento da liberdade de locomoção, que caracterizaria o crime do art. 149.

83. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa impedida de deixar o emprego ou os documentos retidos; o jurídico é a liberdade de trabalho.

84. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no tolhimento da liberdade de trabalho); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“impedir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

85. Causa de aumento: prevê-se o aumento variável de um sexto a um terço, quando a vítima for menor de 18 anos, idosa, gestante, indígena ou deficiente física ou mental.

86. Pessoa idosa: antes mesmo do advento da Lei 10.741/2003, que substituiu o termo *velho* na agravante prevista no art. 61, II, *h*, por *maior de 60 anos*, já defendíamos que a não utilização, neste artigo, da denominação *velho* era suficiente para conceituarmos idoso como a pessoa com mais de 60 anos, em virtude do disposto no art. 2.º da Lei 8.842/94. Atualmente, no entanto, uniformizou-se a terminologia, prevalecendo o correto: *idoso* em lugar de *velho*. Note-se, ainda, o disposto nos arts. 1.º e 3.º da referida Lei: “Art. 1.º A política nacional do idoso tem por objetivo *assegurar os direitos sociais do idoso*, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”. “Art. 3.º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios: I – a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os *direitos da cidadania*, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; II – o processo de envelhecimento *diz respeito à sociedade em geral*, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos; III – o idoso *não deve sofrer discriminação* de qualquer natureza; IV – o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política; V – as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta Lei” (grifamos). Mais amplos direitos estão previstos no Estatuto do Idoso, afinal o maior de 60 anos precisa ser bem tra-

tado, sem discriminação, tendo todos os seus direitos respeitados, especialmente os sociais, nos quais estão os trabalhistas. Ora, o empregador ou outra pessoa que obriga, coage, impede ou frustra direitos trabalhistas da pessoa idosa está em frontal oposição à política do Estado de proteção aos maiores de 60 anos. Por isso, estando em jogo a liberdade de trabalho, está configurada a causa de aumento para aqueles que já passaram dessa idade, anotando-se ainda a visão constitucional de proteção ao idoso: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. E, por derradeiro, vale destacar que a Lei 10.741/2003 criou figura típica específica, referindo-se à proteção do direito de acesso ao trabalho, ao instituir, no art. 100, o seguinte: “Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa: I – obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade; II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho (...)”.

87. Gestante: é a mulher grávida, sendo, no entanto, indispensável que o autor do crime tenha consciência desse estado.

88. Indígena: a meta da União, constitucionalmente assegurada, é dar proteção aos índios e fazer respeitar os seus bens (art. 231, CF). Nessa esteira, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) determina competir à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, estender à comunidade indígena os benefícios da legislação comum, sempre que possível, dar assistência aos índios não integrados à comunhão nacional, promover-lhes o desenvolvimento, assegurar-lhes a possibilidade de escolha do seu meio de vida,

garantir-lhes o pleno exercício dos direitos civis e políticos que lhes couberem, dentre outros princípios (art. 2.º). Define o índio ou silvícola como sendo o “indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”, e a comunidade indígena ou grupo tribal como o “conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados” (art. 3.º). Dividem-se os índios, ainda, em *isolados* (os que vivem em grupos desconhecidos, dos quais se tem pouca informação); *em vias de integração* (os que possuem maior contato com grupos estranhos, mas mantêm parte das suas condições de vida nativa) e os *integrados* (os que estão incorporados à comunhão nacional, no pleno gozo de seus direitos civis, conservando apenas seus usos, costumes e tradições), conforme art. 4.º. O art. 203 do Código Penal tem por finalidade tutelar os direitos assegurados pela legislação trabalhista e a liberdade de trabalho, pressupondo, pois, um contrato de trabalho existente, ao menos, no tocante à vítima. O índio em processo de integração não pode celebrar contrato de trabalho, sem a assistência do órgão tutelar competente, salvo se ele revelar consciência e conhecimento suficiente do ato praticado, não lhe sendo de alguma forma prejudicial. Note-se, ainda, que o Estatuto do Índio prevê formas de alteração do reconhecimento da capacidade do silvícola, passando-o de sua situação de semi-incapacidade para a de plena capacidade, desde que requeira ao juiz a sua liberação do regime tutelar previsto em lei. Para tanto, deve preencher os seguintes requisitos, conforme art. 9.º: idade mínima de 21 anos, conhecimento

da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Além disso, dispõe o Estatuto não dever existir qualquer discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e da previdência social (art. 14). E, expressamente, proíbe a celebração de contrato de trabalho com o índio isolado (art. 15), autorizando-a a partir da sua condição de silvícola em processo de integração, ainda assim com fiscalização do órgão próprio (art. 16). Portanto, em síntese, pode-se concluir o seguinte: a) o índio isolado está proibido de celebrar contrato de trabalho. Se alguém o empregar, contra o mandamento legal, explorando-o, poderá responder por outras figuras típicas, inclusive a do art. 149, CP (redução de alguém à condição análoga à de escravo), visto que ele não tem o menor entendimento do que se passa no seio da sociedade civilizada. Em qualquer caso, haverá a incidência da causa de aumento genérica de crime praticado contra índio (art. 59 da Lei 6.001/73); b) o índio não integrado pode celebrar contrato de trabalho, sob autorização e fiscalização do órgão tutelar competente (FUNAI). Naturalmente, pode ser vítima do crime previsto no art. 203, valendo, no caso, a causa de aumento do § 2.º; c) o índio integrado também pode celebrar contrato de trabalho e já está no gozo de todos os seus direitos civis. Liberou-se, por decisão judicial, de seu órgão tutelar, por preencher os requisitos legais, e não pode mais ser considerado relativamente incapaz. Estando integrado completamente, não tem cabimento incidir a causa de aumento do § 2.º, pois o próprio Estado lhe reconhece integral autonomia e capacidade de se autodeterminar. Afinal, o objetivo da figura típica agravada é proteger

os hipossuficientes que estiverem inseridos no mercado de trabalho.

89. Portador de deficiência física ou mental: repetimos (o tema já foi tratado no contexto das agravantes de crimes contra enfermo, do art. 61, II, *h*), por ser conveniente, a lição de Luiz Alberto David Araujo sobre o assunto: “O conceito de deficiência reside na incapacidade do indivíduo para certas tarefas, não na falta de qualquer capacidade física ou mental. A análise isolada não poderá ser feita; pelo contrário, a deficiência deve ser sempre correlacionada a tarefa ou atividade. (...) As deficiências não se restringem, apenas, aos sentidos (visual, auditiva ou da fala), nem aos membros (locomotores ou movimentação) ou, ainda, às faculdades mentais (deficiência mental), mas também alcançam situações decorrentes das mais variadas causas (fenilcetonúria, esclerose múltipla, talassemia, renais crônicos, dentre outros, inclusive AIDS). As pessoas portadoras de deficiência apresentam graus de dificuldade de integração, com uma multiplicidade de situações que devem ser objeto de atenção rigorosa, tanto do legislador infraconstitucional, como do administrador e do juiz” (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, p. 131). No caso dessas pessoas, quando celebrarem contratos de trabalho, sofrendo algum prejuízo, conforme preceituado pela figura típica do art. 203, incide a causa de aumento do § 2.º. Ressalte-se que a Constituição Federal concedeu especial atenção às pessoas portadoras de deficiência, como se pode observar nos arts. 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, IV, 208, III, 227, § 1.º, II, § 2.º, e 244. Com particular relevo, deve-se, ainda, mencionar o art. 7.º, XXXI, que proíbe qualquer forma de discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho

Art. 204. Frustrar,⁹⁰⁻⁹² mediante fraude ou violência,⁹³ obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho.⁹⁴⁻⁹⁶

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa, além da pena correspondente à violência.⁹⁷⁻⁹⁸

90. Análise do núcleo do tipo: *frustrar* é enganar ou iludir. Neste caso, tendo por objeto a obrigação legal de nacionalização do trabalho.

91. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo é o Estado.

92. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

93. Fraude ou violência: *fraude* é a manobra feita para iludir, enquanto *violência* é o emprego de coação física. Não se admite, neste caso, o emprego de grave ameaça, porque é figura não utilizada pelo tipo penal.

94. Norma penal em branco: é imprescindível conhecer quais são as normas relativas à nacionalização do trabalho, ou seja, aquelas que dizem respeito à obrigatoriedade de contratação de mão-de-obra brasileira. Consultem-se, a respeito, os arts. 352 a 371 do Decreto-lei 5.452/43 – CLT, especialmente os arts. 352 e 354: “Art. 352. As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo. § 1.º Sob a denominação geral de atividades

industriais e comerciais compreendem-se, além de outras que venham a ser determinadas em portaria do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, as exercidas: *a)* nos estabelecimentos industriais em geral; *b)* nos serviços de comunicações, de transportes terrestres, marítimos, fluviais, lacustres e aéreos; *c)* nas garagens, oficinas de reparos e postos de abastecimento de automóveis e nas cocheiras; *d)* na indústria de pesca; *e)* nos estabelecimentos comerciais em geral; *f)* nos escritórios comerciais em geral; *g)* nos estabelecimentos bancários, ou de economia coletiva, nas empresas de seguros e nas de capitalização; *h)* nos estabelecimentos jornalísticos, de publicidade e de radiodifusão; *i)* nos estabelecimentos de ensino remunerado, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso; *j)* nas drogarias e farmácias; *k)* nos salões de barbeiro ou cabeleireiro e de beleza; *l)* nos estabelecimentos de diversões públicas, excluídos os elencos teatrais, e nos clubes esportivos; *m)* nos hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres; *n)* nos estabelecimentos hospitalares e fisioterápicos cujos serviços sejam remunerados, excluídos os que neles trabalhem por força de voto religioso; *o)* nas empresas de mineração; *p)* nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, que tenham em seus quadros de pessoal empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. § 2.º Não se acham sujeitas às obrigações da proporcionalidade as indústrias rurais, as que, em zona agrícola, se destinem ao beneficiamento ou transformação de produtos da região e as atividades industriais de natureza extrativa, salvo a mineração”; “Art. 354. A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias es-

peciais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. Parágrafo único. A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários”.

95. Objetos material e jurídico: o objeto material são os contratos irregularmente celebrados e o jurídico é o interesse do Estado em garantir reserva de mercado para brasileiros.

96. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva frustração da proporcionalidade estabelecida em lei entre trabalhadores brasileiros e estrangeiros); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“frustrar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

97. Tipo cumulativo: prevê o preceito secundário do tipo que o agente responderá, quando utilizar violência contra a pessoa, não somente pelo crime do art. 204, mas também pela figura típica correspondente à violência utilizada.

98. Competência: Justiça Federal, pois o interesse é coletivo.

Exercício de atividade com infração de decisão administrativa

Art. 205. Exercer⁹⁹⁻¹⁰¹ atividade,¹⁰² de que está impedido por decisão administrativa:¹⁰³⁻¹⁰⁵

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.¹⁰⁶

99. Análise do núcleo do tipo: *exercer* significa praticar, desempenhar ou cumprir, com certa habitualidade. Não se costuma dizer que alguém *exerce* determinada atividade se o fez uma só vez. O exercício fornece a nítida idéia de regularidade.

100. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser a pessoa impedida de exercer a atividade; o sujeito passivo é o Estado.

101. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

102. Atividade: qualquer trabalho específico ou ocupação, evidentemente no contexto da organização do trabalho, diante dos interesses protegidos neste capítulo.

103. Impedimento por decisão administrativa: naturalmente, pela própria redação do tipo, o descumprimento de decisão judicial não se encaixa neste crime, podendo configurar a figura do art. 359 do Código Penal.

104. Objetos material e jurídico: o objeto material é a atividade desempenhada pelo agente; o objeto jurídico é o interesse do Estado no cumprimento de suas decisões.

105. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); de mera conduta (delito que não possui resultado

naturalístico, punindo-se a conduta); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“exercer” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); habitual (delito que somente se consuma quando se apura a regularidade da conduta, punida pelo todo e não por ações particulares); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); não admite tentativa.

106. Competência: Justiça Estadual, pois não envolve interesse coletivo do trabalho.

Aliciamento para o fim de emigração

Art. 206. Recrutar¹⁰⁷⁻¹⁰⁸ trabalhadores,¹⁰⁹ mediante fraude,¹¹⁰ com o fim¹¹¹ de levá-los para território estrangeiro.¹¹²⁻¹¹³

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.¹¹⁴

107. Análise do núcleo do tipo: *recrutar* significa angariar adeptos, embora possua também o significado de *aliciar* (atrair, seduzir ou angariar adeptos por meio de atrativos). Melhor seria, pois, que o legislador tivesse usado o verbo *aliciar*, até para ficar em consonância com a rubrica do artigo, que é “aliciamento para o fim de emigração”.

108. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é, primordialmente, o Estado, bem como, em segundo plano, qualquer pessoa, na condição de trabalhador.

109. Trabalhadores: não tendo usado o termo no singular, exige-se, pelo menos, dois para o crime se configurar.

110. Mediante fraude: não basta o convite sedutor feito por alguém, para levar mão-de-obra para o exterior, sendo indispensável a *fraude*, ou seja, o instrumento de ilusão, o engano, o logro.

111. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se, no entanto, elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de levar o trabalhador para o exterior.

112. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa recrutada; o objeto jurídico é o interesse do Estado em manter a mão-de-obra no seu território.

113. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição da mão-de-obra nacional); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“recrutar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

114. Competência: Justiça Federal, pois o interesse é coletivo.

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional

Art. 207. Aliciar¹¹⁵⁻¹¹⁶ trabalhadores,¹¹⁷ com fim¹¹⁸ de levá-los de uma para outra localidade do território nacional.¹¹⁹⁻¹²⁰

Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.¹²¹

§ 1.º Incorre na mesma pena¹²² quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.¹²³

§ 2.º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.¹²⁴

115. Análise do núcleo do tipo: *aliciar*, como mencionamos no artigo anterior, significa angariar por meio de atrativos ou seduzir. A idéia central é a mesma do artigo antecedente, embora neste caso os trabalhadores não devam seguir para o exterior e sim para outra região do território nacional.

116. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é, primeiramente, o Estado; secundariamente, o trabalhador aliciado.

117. Trabalhadores: não tendo usado o termo no singular, exige-se, pelo menos, dois para o crime se configurar.

118. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se, no entanto, elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de levar o trabalhador para outro ponto do território nacional.

119. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa aliciada; o objeto jurídico é o interesse do Estado em não deslocar artificialmente mão-de-obra dentro do seu território.

120. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito

ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na diminuição da mão-de-obra em um determinado ponto do território nacional); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“aliciar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

121. Competência: Justiça Federal, pois o interesse em jogo é coletivo.

122. Figura equiparada: é o recrutamento de trabalhadores em região diversa daquela em que a atividade laborativa será exercida, valendo-se de *fraude* (logro, engano) ou *cobrança de quantia* (arrecadação de qualquer valor) e também quando o recrutamento é feito sem dar possibilidade ao trabalhador de retornar à sua região originária.

123. Classificação: a única observação pertinente e diferenciadora da classificação realizada na figura do *caput* é que a segunda parte configura crime omissivo próprio: “recrutar trabalhadores e não assegurar condições para o seu retorno”. Só pode cometer o crime o agente recrutador e concretiza-se o tipo tão logo o ofendido queira voltar e não consiga, por falta de condições. Nessa hipótese, é crime próprio e não admite tentativa.

124. Causa de aumento da pena: ver nota 85 ao art. 203.

Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos

Capítulo I

DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO¹

1. Proteção constitucional: assegura a Constituição Federal a liberdade de consciência e de crença, possibilitando o livre exercício dos cultos religiosos, bem como garantindo a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, *na forma da lei*, ou seja, desde que não haja excessos ou abusos de modo a prejudicar outros direitos e garantias individuais (art. 5.º, VI).

Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo²

Art. 208. Escarnecer³ de alguém⁴⁻⁵ publicamente,⁶ por motivo de crença ou função religiosa;⁷⁻⁹ impedir ou perturbar¹⁰⁻¹² cerimônia ou prática de culto religioso;¹³⁻¹⁵ vilipendiar¹⁶⁻¹⁸ publicamente¹⁹ ato ou objeto de culto religioso;²⁰⁻²¹

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência,²² a pena é aumentada de 1/3 (um terço), sem prejuízo da correspondente à violência.²³

2. Tipo misto cumulativo: trata-se de tipo penal que contém três figuras criminosas autônomas, de modo que a prática de mais de uma implica na punição por mais de um crime. Assim, é possível que o agente responda, em concurso material, por escarnecer de alguém, por perturbar culto e por vilipendiar objeto religioso.

3. Análise do núcleo do tipo: *escarnecer* significa zombar ou fazer troça de alguém. O objetivo da figura típica é garantir

a liberdade de crença e de função religiosa, impedindo que terceiros possam obstruir a sua prática através de manifestações ostensivas irônicas ou maldosas.

4. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. Note-se que, no caso do sujeito passivo, há de existir alguma pessoa determinada que preencha o elemento descritivo “alguém”, não sendo possível tratar-se de um grupo de pessoas indeterminado.

5. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Pode-se falar na existência do elemento subjetivo do tipo específico (*dolo específico*, para a doutrina tradicional), pois, toda vez que o motivo do delito ingressa no tipo básico ou fundamental, passa a constituir uma finalidade especial do agente. Afinal, motivo e finalidade, na essência, significam o mesmo. O delito em questão leva em conta o ato de deboche voltado contra alguém, em público, por motivação religiosa, ou seja, com a finalidade de desrespeitar o culto ou a função religiosa alheia. Nesse prisma, convém salientar a posição de René Ariel Dotti: “Sob outro ângulo de visão, o *dolo específico* não é nada mais que o motivo da conduta, posto que em todo crime, como em qualquer ação humana, existe sempre um fim a perseguir. Assim o entende uma respeitável parcela de juristas, como Pan-naim e Vanini, enfatizando o primeiro que os motivos são as razões, os objetivos que impelem a ação criminosa, como qualquer outra, lícita ou ilícita. (...) Na composição dos tipos fundamentais ou derivados, o motivo funciona para estruturar o ilícito básico (...), para aumentar a reprovabilidade da conduta (...), para diminuí-la (...). Em

alguns casos, a lei põe à mostra o *destino* da infração (...). Também poderá o motivo da ação desconstituir o tipo de ilícito em relação ao autor, como ocorre com o participante de rixa que procura separar os contendores” (*O incesto*, p. 104).

6. Circunstância especial da conduta: o tipo penal exige que a zombaria seja feita em local público ou de acesso público (como o escárnio feito pelos meios de comunicação), não configurando o delito quando o deboche é realizado em lugar privado, sem divulgação. O objetivo é impedir que várias pessoas tomem conhecimento das manifestações desairosas a respeito de determinada crença ou função religiosa, justamente o que pode perturbar o seu livre exercício.

7. Crença ou função religiosa: *crença* é fé religiosa e *função religiosa* é o ministério ou a incumbência de alguém de divulgar a religião (ex.: pastor, padre, bispo, rabino etc.).

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre o deboche; o objeto jurídico é a liberdade de culto e crença.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva perturbação da liberdade de culto e crença); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“escarnecer” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato é capaz de realizar a conduta)

ou plurissubsistente (vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa na forma plurissubsistente.

10. Análise do núcleo do tipo: *impedir* significa interromper ou obstar o prosseguimento, enquanto *perturbar* é apenas estorvar ou atrapalhar. O objeto é o culto ou a cerimônia que se desenvolve.

11. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, enquanto o passivo é a coletividade e também os que forem diretamente atingidos pela conduta criminosa. É o denominado *crime vago* (cujo sujeito passivo é indeterminado).

12. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, mas se exige elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de desonrar alguém por motivo de crença ou função religiosa.

13. Cerimônia ou prática de culto: *cerimônia* é a exteriorização de um culto (ritual, adoração, reverência) através de uma reunião solene; *prática de culto* é algo mais singelo, consistente no simples exercício do ritual que a religião solicita.

14. Objetos material e jurídico: o objeto material é a cerimônia ou o culto que sofre a conduta criminosa; o objeto jurídico é a liberdade de culto e crença.

15. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado). Defendíamos, anteriormente, ser o crime material nessa modalidade, ou seja, exigir resultado naturalístico. Melhor refletindo, observamos que a divisão, quanto ao momento consumativo do delito (se formal ou material), deve ser feita em relação ao objeto jurídico tutelado. Nos

crimes deste capítulo, protege-se o sentimento religioso, traduzido na liberdade de culto e crença. Portanto, as condutas praticadas pelo autor, neste e nos demais tipos do capítulo, são punidas pelo que representam, independentemente de se fazer prova de ter havido *efetiva* ofensa ao sentimento religioso de alguém; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato integra a conduta) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

16. Análise do núcleo do tipo: *vilipendiar* quer dizer humilhar, menoscarar ou desonrar, tendo por objeto algum ato ou coisa de utilização religiosa.

17. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo é a coletividade, bem como as pessoas que se sentiram, em face da conduta, diretamente atingidas. É o denominado *crime vago* (cujo sujeito passivo é indeterminado).

18. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Na esteira dos delitos contra a honra, exige-se, além do dolo, o elemento subjetivo do tipo específico, que é a específica intenção de desonrar determinada religião através do vilipêndio a atos ou objetos do seu culto. O *animus narrandi* ou *jocandi* pode excluir a tipicidade.

19. Circunstância especial da conduta: o tipo penal exige que o ultraje seja feito em local público ou de acesso público (como o realizado através dos meios de comunicação), não se configurando o delito quando o vilipêndio é realizado em lugar privado, sem divulgação. O objetivo é impedir que várias pessoas tomem conhecimento das manifestações desairosas a respeito de determinado ato ou objeto de culto religioso, o que pode ferir a liberdade de culto e crença.

20. Objetos material e jurídico: o objeto material é o ato (ação, cerimônia, solenidade) que faz parte de um culto ou o objeto (alguma coisa perceptível pelos sentidos) utilizado para a prática de determinada religião (ex.: imagens de santos, cruz, vestes solenes etc.).

21. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na desonra de determinada religião ou culto); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“vilipendiar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (pratica-se o delito através de um único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa na forma plurissubsistente.

22. Causa de aumento: válida para as três figuras típicas – caso o agente empregue qualquer forma de violência (coação física), é punido com uma pena agravada em um terço. Embora a lei não seja expressa, deve-

se interpretar que a violência utilizada se volta à pessoa humana – e não a coisas ou animais. Afinal, essa tem sido a preocupação constante do legislador em outros tipos penais: a maior proteção ao ser humano.

23. Tipo cumulativo: pune-se, além das figuras típicas do art. 208, o crime decorrente da violência empregada contra pessoa ou coisa. Ex.: o agente, escarnecendo de alguém, dá-lhe um empurrão, causando-lhe lesões corporais com a queda. Responde pelos delitos dos arts. 208 e 129, em concurso.

Capítulo II

DOS CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária

Art. 209. Impedir ou perturbar¹⁻³ enterro ou cerimônia funerária.⁴⁻⁵

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

Parágrafo único. Se há emprego de violência,⁶ a pena é aumentada de 1/3 (um terço), sem prejuízo da correspondente à violência.⁷

1. Análise do núcleo do tipo: *impedir* significa interromper ou obstar o prosseguimento, enquanto *perturbar* é apenas estorvar ou atrapalhar. O objeto, neste caso, é enterro ou cerimônia funerária.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. Secundariamente, as pessoas presentes no enterro ou na cerimônia. É o chamado *crime vago* (cujo sujeito passivo é indeterminado).

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-

se elemento subjetivo do tipo específico consistente na especial vontade de ultrajar a memória do morto. Há muitas pessoas que, em velórios, especialmente, descontroladas que estão, podem tomar atitudes que perturbam nitidamente a cerimônia, mas não o fazem com a intenção de menoscabar a memória de quem morreu, embora saibam que estão perturbando (dolo).

4. Objetos material e jurídico: o objeto material é o enterro (ato de sepultar um cadáver) ou a cerimônia funerária (reunião fúnebre de caráter solene, como o velório). O objeto jurídico é o respeito à memória dos mortos.

5. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado). Ver a nota 15 ao artigo anterior; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal). Exemplo interessante de cometimento na forma omissiva é o fornecido por Mayrink da Costa: “Caio, agente funerário, com o objetivo de perturbar o funeral de seu devedor Tício, deixa de fornecer o esquife para o seu enterramento ou a viatura para o transporte do cadáver” (*Direito penal – Parte especial*, v. 2, t. II, p. 803); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato integra a conduta) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa na forma plurissubsistente.

6. Causa de aumento: caso o agente empregue qualquer forma de violência (coação física), é punido com uma pena agravada em um terço.

7. Tipo cumulativo: pune-se, além da figura típica do art. 209, o crime decorrente da violência empregada. Não tendo sido especificada, cabe violência contra pessoa ou coisa.

Violação de sepultura

Art. 210. Violar ou profanar⁸⁻¹⁰ sepultura ou urna funerária:¹¹⁻¹⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

8. Análise do núcleo do tipo: *violar* significa devassar ou invadir e *profanar* quer dizer tratar com irreverência ou macular. O objeto é a sepultura ou a urna funerária. Reserva-se a primeira figura para quem abre a sepultura ou invade o sepulcro, enquanto a segunda serve para quem infama o mesmo objeto.

9. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. Em segundo plano, a família do morto.

10. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico para a violação, embora no tocante à profanação – que se liga a ultraje, desonra – seja preciso haver elemento subjetivo do tipo específico, isto é, a particular vontade de macular a memória do morto ou seu sepulcro.

11. Objetos material e jurídico: o objeto material é a sepultura (é a cova onde se coloca o morto e seus acessórios, como o jazigo, a lápide que compõe o túmulo etc.)

ou a urna funerária (caixa utilizada para guardar cinzas ou ossos). O objeto jurídico é o respeito aos mortos.

12. Sepulcro ou urna vazia: crime impossível – absoluta impropriedade do objeto (art. 17, CP).

13. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado). Ver a nota 15 ao art. 208; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

14. Violação com a finalidade de furtar: ver nota ao art. 155. Entendemos que, não havendo subtração, mas apenas violação da sepultura, responde o agente pelo crime especial, que é o do art. 210, e não por tentativa de furto. Caso haja subtração de algo colocado no túmulo, sem que exista a violação, responde o agente por furto. Finalmente, se o furto voltar-se ao cadáver, entendemos configurar o delito do art. 211, que absorve o do art. 210.

Destruição, subtração ou ocultação de cadáver

Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar¹⁵⁻¹⁸ cadáver ou parte dele:^{19-20-A}

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

15. Análise do núcleo do tipo: *destruir* (arruinar, aniquilar), *subtrair* (fazer desaparecer ou retirar) ou *ocultar* (esconder) são condutas alternativas. O objeto é o cadáver (corpo sem vida de ser humano) ou parte dele. Se o agente concretizar uma ou todas responderá por um único delito.

16. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. Em segundo plano, a família, que preserva a memória do morto. Trata-se do chamado *crime vago*, que não possui sujeito passivo determinado.

17. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

18. Erro de proibição: é possível a configuração do erro de proibição (credulidade na licitude da conduta) quando o agente, visando ao transplante, acredita que o morto, ainda em vida, era considerado doador de órgãos ou tecidos, quando, na realidade, não o era; o mesmo pode ocorrer se a família for contra e o agente não tiver conhecimento disso. Ver, a respeito, o disposto na Lei 9.434/97 (que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento).

19. Objetos material e jurídico: o objeto material é o cadáver ou parte dele. *Cadáver*, na definição de Von Liszt, é “o corpo humano inanimado, enquanto a conexão de suas partes não cessou de todo” (citação de Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 82). Inclui-se, no conceito de cadáver, o feto, desde que viável, e o natimorto. Não compreende a múmia, que é bem de valor histórico ou arqueológico (podendo configurar crime específico), mas sem representar à sociedade o mesmo

respeito dedicado aos mortos. O objeto jurídico é o respeito aos mortos.

20. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado). Ver a nota 15 ao art. 208; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na modalidade “ocultar”, que é permanente (delito de consumação prolongada no tempo). *Ocultar* significa esconder, sem destruir, razão pela qual se sujeita ao prolongamento. Nessa visão: STJ: REsp 900.509-PR, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 26.06.2007, v. u.; de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

20-A. Confronto com a autodefesa: não é admissível que se invoque o direito à autodefesa para o cometimento do delito previsto neste tipo penal. Afinal, o objeto jurídico é o respeito à memória do morto, que merece um sepultamento digno. Logo, não pode o homicida, a pretexto de se defender, desaparecer com o cadáver (prova da materialidade da infração penal), pois está atingindo outro bem, diverso da vida. Deve responder em concurso material com o homicídio. No entanto, ocultando o corpo, não haverá de ser responsabilizado, também, por fraude processual (ver a nota 123-A ao art. 347).

Vilipêndio a cadáver

Art. 212. Vilipendiar²¹⁻²³ cadáver²⁴ ou suas cinzas:²⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

21. Análise do núcleo do tipo: *vilipendiar* significa desprezar ou aviltar. O objeto é o cadáver ou suas cinzas. A conduta pode ser praticada através de gestos ou palavras, estas na forma escrita ou verbal.

22. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade, cuja ética prevê o respeito aos mortos. Secundariamente, está a família do morto.

23. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Em se tratando de *vilipêndio*, é de se exigir o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de humilhar ou desonrar a memória do morto. Exclui o crime outras intenções, como o ato cometido para fins didáticos ou científicos.

24. Objetos material e jurídico: o objeto material é o cadáver ou suas cinzas.

Sobre o conceito de cadáver, ver nota 19. Quanto às cinzas, são os restos mortais, que podem ser resíduos da cremação ou da combustão ou resultado da ação do tempo. Incluem-se, por consequência lógica, as partes do cadáver – abrangendo o esqueleto –, já que se põem, como objeto material, até mesmo as cinzas.

25. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva lesão ao bem jurídico tutelado). Ver a nota 15 ao art. 208; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“vilipendiar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato integra a conduta) ou plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma plurissubsistente.

Dos crimes contra os costumes¹

1. Crimes contra os costumes: valemo-nos da lição de Nelson Hungria para definir o vocábulo *costumes*, empregado com o sentido de representar os “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta materia*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 103-104). E acrescenta Noronha: “*Costumes* aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação” (*Direito penal*, v. 3, p. 96). Pensamos, no entanto, que não mais se concretizam no seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de *crimes contra os costumes*. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem. Note-se, a respeito, a opinião de Hungria acerca da mulher: “Desgraçadamente, porém, nos dias

que correm” – final dos anos 50 – “verifica-se uma espécie de *crise* do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor (...). Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, em regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de *modéstia* permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou *folha de parreira* na boca...” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 92-93). Pela simples leitura do texto, percebe-se, nitidamente, o interesse em manter, nessa época, a mulher alheia à vida sexual, sendo sempre o objeto, nunca a condutora dos interesses ou desejos, razão pela qual seria, nesse prisma, difícil ou impossível conceber o “estupro do homem pela mulher”, o que é perfeitamente possível de ocorrer, tanto assim que há incriminação em outros países – Argentina, Itália, Uruguai, Venezuela e México (conforme Scarance Fernandes e Duek Marques, *Estupro – Enfoque vitimológico*, p. 269). O Código Penal está a merecer, nesse contexto, reforma urgente, compreendendo-se a realidade do mundo moderno, sem que isso represente atentado

à moralidade ou à ética, mesmo porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução social. Na atualidade, é difícil negar que há liberação saudável da sexualidade e não pode o legislador ficar cego ao mundo real. Portanto, merece aplauso o Anteprojeto de Lei, publicado pela Portaria 232, de 24 de março de 1998, do Ministério da Justiça, elaborado por vários penalistas, sob a presidência do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que, de início, alterou o título para “Dos crimes contra a *dignidade sexual*”, algo muito mais condizente com a realidade. Ainda assim, poderia ter sido mais ousado, extirpando figuras como “mediação para satisfazer a lascívia de outrem” ou “ato obsceno” (ver notas a respeito), que poderiam ser resolvidas de outra maneira, se efetivamente abusivas, sem a necessidade de se valer do direito penal para tanto. Por ora, no entanto, ainda convivemos com o antiquado termo “costumes” para designar o presente Título do Código Penal brasileiro.

Capítulo I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro²

Art. 213. Constranger³⁻⁴ mulher⁵⁻⁸ à conjunção carnal,⁹⁻¹¹ mediante violência¹² ou grave ameaça:¹³⁻²¹

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.²²

Parágrafo único. (Revogado pela Lei 9.281/96.)

2. Crime hediondo: preceitua a Lei 8.072/90 (art. 1.º, V) ser o estupro um delito hediondo, trazendo, por consequência, todas as privações impostas pela referida lei, dentre as quais: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado (esta

é a nova redação do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, dada pela Lei 11.464/2007), a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança, o considerável aumento de prazo para livramento condicional, bem como para a progressão de regime, a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, dentre outros. Há posição considerando que o estupro e o atentado violento ao pudor, na forma *simples*, não são delitos hediondos. Leva-se em consideração que assim não estaria previsto no art. 1.º, V e VI, da Lei 8.072/90, tendo em vista a menção feita: “estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)” e “atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único)”. Pretende-se indicar que somente os referidos crimes na forma qualificada pelo resultado é que poderiam ser hediondos. Não é a posição majoritária na doutrina, nem na jurisprudência, uma vez que o texto legal indica, nitidamente, serem o estupro (art. 213) e também a sua combinação com o art. 223, isto é, quando for qualificado pelo resultado lesão grave ou morte, hediondos. A despeito disso, o Supremo Tribunal Federal chegou a considerar não hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, quando na modalidade simples. Essa posição já não prevalece no Pretório Excelso, que tornou a considerar hediondos os mencionados delitos, seja na forma simples, seja na qualificada pelo resultado. E o mais importante: passou a considerar hediondos esses crimes também quando houver violência presumida, o que já defendíamos neste Código (ver nota 9 ao art. 224).

3. Análise do núcleo do tipo: *constranger* significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal. “*Stuprum*, no sentido próprio, significa *desonra, vergo-*

nha.” Envolve, na realidade, atos impudicos praticados com homens ou mulheres, com violência, cujo resultado é a desonra (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 3). Na definição de Chrysolito de Gusmão, “é o ato pelo qual o indivíduo abusa de seus recursos físicos ou mentais para, por meio de violência, conseguir ter conjunção carnal com a sua vítima, qualquer que seja o seu sexo” (*apud* João Mestieri, ob. cit., p. 17). Lembremos, no entanto, que, para o direito brasileiro, a figura do estupro somente comporta, como sujeito passivo, a mulher (ver a nota 5 infra).

4. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de obter a conjunção carnal, satisfazendo a lascívia. Aliás, tal objetivo é que diferencia o estupro do constrangimento ilegal. Na análise do elemento subjetivo, vale lembrar o destaque formulado por Mestieri: “A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante (*vis haud ingrata*) deve sempre de ser entendida em favor do agente” (*Do delito de estupro*, p. 92).

5. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o homem, tendo em vista que o sujeito passivo é apenas a mulher. No primeiro caso, deve-se incluir o *marido*, uma vez que a esposa não é objeto sexual, possuindo iguais direitos no contexto da sociedade conjugal, como lhe assegura a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 5.º). Não é crível que no atual estágio da sociedade, inexistindo naturalidade no relacionamento sexual de um casal, tenha o homem o direito de subjugar a mulher à conjunção carnal, com o emprego de violência ou grave ameaça, somente porque o direito civil assegura a ambos o débito

conjugal. Tal situação não cria o *direito de estuprar* a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento. “O que aproxima os cônjuges é o amor ou, se quisermos, o desejo sexual, jamais uma regra jurídica” (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 58). Os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito acima do simples desejo que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de parte na relação conjugal, prevalece a condição de ser humano, que possui, por natural consequência, direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5.º, *caput*, CF); além do que, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5.º, I, CF). Tanto é realidade que a mulher sempre foi considerada, lamentavelmente, objeto sexual do homem que o estupro tem por sujeito passivo somente pessoas do sexo feminino. Em tese, o homem também poderia ser constrangido por uma mulher à conjunção carnal, algo, no entanto, que não foi tipificado pelo legislador, talvez pela credulidade de ser hipótese impossível, tamanha a submissão a que se sujeitou a mulher nas últimas décadas. Logo, se homem e mulher são iguais em direitos e obrigações, tanto dentro como fora da relação conjugal, não existe qualquer razão que atribua ao marido o direito de constranger a esposa, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal. Não se desconhece, por certo, a dificuldade probatória que advém de um estupro cometido no recanto doméstico, inexistindo, muitas vezes, testemunhas da violência ou da grave ameaça, mas também porque a singela alegação da mulher de ter sido estuprada pelo marido pode dar margem a uma vindita, de ordem pessoal, originária de conflitos familiares. Entretanto, a complexidade da prova, nessas situações, jamais poderá

servir de pretexto para o Judiciário fechar as portas à mulher violentada pelo marido, sob o vetusto argumento de ter havido *exercício regular de direito*. Há penalistas que sustentam a possibilidade de a mulher não consentir na relação sexual *apenas* no caso de ter *justo motivo*. Vamos além: ela pode recusar-se sempre que quiser. Se o marido não suportar tal situação, o caminho é a separação judicial, mas jamais o estupro. Finalizamos com Nilo Batista: “A posição predominante pode assim ser sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjunção carnal. Se isto faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio” (Estupro – O marido como sujeito ativo, *Decisões criminais comentadas*, p. 71). Quanto ao sujeito passivo, deve-se considerar qualquer mulher – honesta ou desonesta, recatada ou promíscua, virgem ou não, casada ou solteira, velha ou moça. Saliente-se que nem sempre foi assim. O Código Penal de 1830 fazia distinção entre o estupro cometido contra “mulher honesta” – note-se que *honestidade* era requisito essencial para a mulher *poder* ser vítima do crime – e a violência sexual praticada contra prostituta. O primeiro tinha pena variável de três a doze anos, enquanto o segundo previa pena de um mês a dois anos. No Código Penal de 1890, manteve o legislador a discriminação, mencionando que o estupro havia de ter como sujeito passivo a mulher *honest*a, ainda que não fosse virgem. A pena era de um a seis anos. Se fosse *mulher pública ou prostituta*, a pena seria de seis meses a dois anos. Atualmente, tanto faz ser a mulher *honest*a ou não – aliás, o mínimo que se espera de uma lei justa.

6. Dificuldade de prova do estupro do marido contra a mulher: admitida a possibilidade de haver estupro do marido

contra a esposa, afastando-se a indevida aplicação do exercício regular de direito, deve-se destacar a imensa dificuldade de produzir prova a esse respeito, pois o constrangimento se passa no recôndito do lar, normalmente sem testemunhas, sendo insuficiente a palavra da vítima contra a palavra do réu. Por isso, é indispensável que existam provas sólidas, a fim de não se justificar abusos de toda ordem, originários de meras brigas domésticas. Nessa linha: TJSP: “Estupro – Prova – Declarações da ofendida – Insuficiência – Vítima e agente que são cônjuges – Situação de grande animosidade entre as partes indicada pelo conjunto probatório – Absolvição decretada” (Rev. 275.287-3, São José do Rio Pardo, 3.º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gomes de Amorim, 15.02.2001, v. u., *JUBI* 56/01).

7. Participação e co-autoria: admite-se tanto a participação quanto a co-autoria, inclusive de pessoa do sexo feminino. Ex.: enquanto uma mulher segura outra (praticando, pois, parte do tipo penal), o homem mantém com a vítima a conjunção carnal – há co-autoria. Quando a mulher instiga um homem a estuprar a vítima, há participação.

7-A. Autoria mediata: há, ainda, a possibilidade de qualquer pessoa, inclusive a mulher, ser autora mediata do crime de estupro, situação que pode ocorrer, por exemplo, quando convencer um homem, doente mental, a manter conjunção carnal, mediante violência, com uma mulher. Sobre autoria mediata, consultar a nota 11 ao art. 29.

8. Concurso de pessoas à distância – Possibilidade: para haver concurso de agentes, por ocasião da prática de estupro, não é exigível que todos estejam no mesmo ambiente, constrangendo, ao mesmo tempo, a vítima, bastando que se apresentem no

mesmo cenário, dando apoio, um à prática delituosa do outro. Conferir: TJSP: “Cabe reconhecer a solidariedade voluntária e consciente a envolver dois ou mais agentes para a prática de estupro, mesmo se na culminância do ato momentaneamente venham de se isolar em locais contíguos, tanto em proveito da concupiscência como ante a circunstância de subjugarem cada qual vítima diversa, visto manterem o domínio funcional dos fatos e emprestarem recíproca colaboração ao êxito do resultado a que afluíam suas vontades” (Ap. 169.148-0, São Paulo, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 31.10.1994, RT 713/341).

9. Conjunção carnal: é um termo específico, dependente de apreciação particularizada, que significa a introdução do pênis na vagina. “Restritivo é o critério pelo qual apenas se admite como conjunção carnal a cópula *secundum naturam*; amplo, o compreensivo da cópula normal e da anal; e *amplíssimo* o que engloba o ato sexual e qualquer equivalente do mesmo; assim, a cópula vaginal, a anal e a *fellatio in ore*” (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 59). O critério prevalente, no Brasil, é o restritivo. Tal interpretação advém, dentre outros motivos, do fato de o legislador ter utilizado, no artigo seguinte, a expressão “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, dando mostras de que, afora a união pênis-vagina, todas as demais formas de libidinagem estão compreendidas no tipo penal do art. 214. Não importa, para a configuração do tipo penal, se houve ou não ejaculação e muito menos se o hímen rompeu-se (no caso da mulher virgem). Por outro lado, convém mencionar que o agente, abusando da vítima seguidamente, pratica um único crime de estupro, embora, nessa hipótese, deva o magistrado levar tal situação em conta para elevar a pena-base (art. 59, CP).

10. Consumação: não se exige a introdução completa do pênis na vagina, bastando que ela seja incompleta. Como já se mencionou na nota 9, não se exige, ainda, a ejaculação, nem tampouco a satisfação do desejo sexual do agente.

11. Estupro por inseminação artificial: impossibilidade. O tipo penal é de forma vinculada, exigindo, para a sua configuração, a conjunção carnal, que é a introdução do pênis na cavidade vaginal. Logo, o agente, nessa hipótese, caso atue com violência ou grave ameaça, deve responder somente por constrangimento ilegal. Nessa ótica, também, a lição de René Ariel Dotti (*O incesto*, p. 90-92).

12. Presunção de violência: ver nota 5 ao art. 224.

13. Violência ou grave ameaça: *violência* é a coação física, enquanto a *grave ameaça* é violência moral, consistente numa intimidação séria e grave. Quanto à ameaça, deve ser analisada objetiva e subjetivamente, sob o aspecto da suficiência. “Há certos tipos de ameaça que, por si sós, nos dão a certeza de provocarem, no espírito da vítima, séria perturbação. Nessa ordem, as ameaças de morte, expressas de forma real ou simbólica, como enviar uma coroa de flores, fazer uma cruz à porta etc. Nesses casos, presente o requisito da seriedade, nenhuma dúvida haverá sobre o poder inibidor de tal promessa. Nos outros casos vários cuidados são exigidos. Muita vez o exame puramente objetivo da ameaça não será suficiente. Faz-se imprescindível uma valoração, senão perfeita, ao menos aproximada da impressão causada à paciente. Não poucas vezes os Tribunais se têm detido no exame dos reflexos íntimos do mal *subjetivamente* grave. A idoneidade objetiva será analisada conjuntamente com o aspecto subjetivo para determinar-se, fora

de dúvidas, a impossibilidade ou a *relevante inconveniência* em resistir” (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 77).

13-A. Violência exercida contra pessoa diversa da vítima: é viável para configurar o crime, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Acolhemos o magistério de João Mestieri, no sentido de que “essa espécie de violência, exercitada sobre terceira pessoa *com o fim* de obrigar a vítima à conjunção carnal, seja válida e eficaz, e assim deva ser considerada como elemento do estupro. É inegável constituir a ameaça de dano, físico ou moral, a pessoas especialmente caras, terrível arma de *constrangimento*” (*Do delito de estupro*, p. 74).

13-B. Violência exercida contra coisa: em tese, é possível que a situação possa configurar-se como grave ameaça. Imagine-se que o agente do estupro intimide a vítima, para que ceda à relação sexual, ameaçando destruir coisa que lhe é extremamente cara e relevante. Naturalmente, dependendo da análise particularizada da situação, pode-se chegar à conclusão de ter havido violência moral, logo, constrangimento ilegal. Não se trata de tutela da coisa destruída, mas de elemento constrangedor à pessoa (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 75).

14. Justiça da ameaça: é posição dominante que pouco importa a justiça da ameaça. Diz Hungria: “O agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta. Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que saiba tenha ela praticado (art. 66, I, da Lei das Contravenções Penais), hipótese que muito difere daquela em que a mulher, para evitar a denúncia, transige amigavelmente,

de sua própria iniciativa, com o ameaçante, dispondo-se à prestação de um favor em troca de outro” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 122). Embora, em tese, seja possível concordar com tal postura, é preciso destacar que a prova desse congresso sexual forçado é das mais difíceis, não se podendo, em hipótese alguma, utilizar presunções para a condenação. Não é incomum, de fato, que possa haver transigência à ameaça que teve início com a proposta de relação sexual para evitar uma denúncia. Pode ser conveniente à mulher, no caso supra-mencionado, manter a cópula, de modo a garantir a impunidade do seu crime. O simples fato de a proposta ter partido do agente policial não afasta a incidência da pronta concordância da vítima. Portanto, não se deve exigir, nesses casos, como diz Hungria, que a mulher deva ter a iniciativa da troca de um favor por outro, sendo suficiente que ela aquiesça à referida troca. Justamente por isso, torna-se muito difícil provar tal constrangimento à conjunção carnal efetuado por ameaça consistente na prática de um mal *justo*.

15. Grau de resistência da mulher: ensinam Scarance Fernandes e Duek Marques que “a tendência, contudo, é a de não se exigir da ofendida a atitude de mártir, ou seja, de quem em defesa de sua honra deva arriscar a própria vida, só consentindo no ato após ter-se esgotado toda a sua capacidade de reação. É importante, em cada caso concreto, avaliar a superioridade de forças do agente, apta a configurar o constrangimento através da violência” (*Estupro – Enfoque vitimológico*, p. 268), com o que concordamos plenamente. Torna-se importante, entretanto, verificar se a vítima demonstrou dissenso durante todo o ato sexual. Oportuno o alerta de João Mestieri: “O dissenso precisa estar presente durante todo o processo executivo; não assim a

resistência. (...) O principal requisito da resistência é o de ser *verdadeira*. Sua *intensidade* não precisa ser tal que se deva chamar de heróica ou desesperada” (*Do delito de estupro*, p. 82-83).

15-A. Duração do dissenso da mulher: segundo nos parece, deve acompanhar todo o desenvolvimento do ato sexual. Se houver concordância, em alguma fase posterior ao início, mas *antes* do final, permitindo concluir que a relação terminou de maneira consentida, desfaz-se a figura criminosa do estupro. Por outro lado, em consequência lógica ao que acabamos de expor, se a mulher, durante o ato sexual, inicialmente consentido, manifestar a sua discordância quanto à continuidade, é de se exigir que o homem cesse a sua atuação. Se persistir, forçando a vítima, física ou moralmente, permite o surgimento do crime de estupro. Em contrário está a posição de Mestieri: “O consentimento da mulher *durante* o ato sexual é irrelevante para o tipo; o momento consumativo do delito é o da efetiva penetração. Na mesma linha, o caso de a mulher consentir na cópula e durante ela, por sentir dores muito agudas, solicitar sua imediata interrupção. Se o agente prossegue no ato sexual, não se pode falar em dolo de estupro e nem mesmo na tipicidade objetiva desse crime” (*Do delito de estupro*, p. 93). A visão adotada pelo referido autor é oposta à nossa. A anuência da mulher é extremamente relevante, mormente no contexto do estupro, em que há natural dificuldade de se produzir prova acerca da existência ou não de verdadeira resistência (em especial, quando não há violência física, mas somente grave ameaça). Por isso, se a relação sexual tem início de maneira *forçada*, portanto, contra a vontade da mulher, é evidente que ela deva manter-se em dissenso até o final (lembre-se, dissenso é diverso de resistência, conforme exposto

na nota anterior). Uma vez que, durante o ato sexual, termine concordando com a sua prática, torna írrita eventual punição do agente. Seria evidentemente paradoxal ouvir o depoimento da vítima, afirmando ao magistrado, por exemplo, que a relação sexual foi uma das melhores que já experimentou, embora se tenha iniciado a contragosto. Ainda assim, somente para argumentar, haveria condenação do autor por estupro. Por outro lado, respeitada a vontade da mulher, iniciado o ato sexual, desejando que este cesse, sua manifestação há de ser acatada. A partir do momento em que surge o dissenso, ocorrendo insistência por parte do agente, emerge o constrangimento ilegal, configurador do estupro. Em suma, a conjunção carnal não pode ser equiparada à assinatura de um contrato, que se dá de maneira instantânea. Há um desenvolvimento em vários atos, que se arrastam por algum tempo, o que é suficiente para avaliar, autenticamente, a vontade da mulher, potencialmente vítima do crime.

16. Objetos material e jurídico: o objeto material é a mulher, que sofre o constrangimento. O objeto jurídico é a liberdade sexual da mulher.

17. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade sexual da vítima). Há quem entenda ser crime de mera conduta, com o que não podemos concordar, pois o legislador não pune unicamente uma conduta, que não possui resultado naturalístico. A mulher que foi violentada pode sofrer lesões de ordem física – se houver violência – e, invariavelmente, sofre graves abalos de ordem psíquica, que constituem, com nitidez, um resultado detectável no plano da realidade. É, ainda, delito de for-

ma vinculada (só podendo ser cometido através da conjunção carnal, descrita no tipo); comissivo (“constranger” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de difícil comprovação.

18. Concurso com o atentado violento ao pudor: os crimes dos arts. 213 e 214 são de espécies diferentes, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, de forma que pode haver concurso material entre as infrações. Nesse sentido: STJ: REsp 221.634-SP, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 16.05.2000, v. u., *DJ* 19.05.2000, p. 178. Se o agente, exemplificando, mantiver conjunção carnal e, em seguida, coito anal com a vítima, configurados estão dois crimes hediondos em concurso material. Admitimos, no entanto, que o atentado violento ao pudor não se configure, prevalecendo unicamente a figura do estupro, quando o ato libidinoso for meramente preparatório à cópula vaginal (um beijo extraído à força, por exemplo). Há precedente do STF, acolhendo a possibilidade de haver continuidade delitiva. O mesmo se diga quanto ao STJ. Consultar a nota 114-A ao art. 71.

19. Exame de corpo de delito: é prescindível. Pode-se demonstrar a ocorrência do estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima, quando convincente e segura. Nesse sentido: STJ: “A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura

da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal” (HC 8.720-RJ, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v. u., *DJ* 29.11.1999, p. 126).

20. Ausência de lesões à vítima: irrelevância, pois o estupro pode ocorrer através de vias de fato, que não deixam marcas visíveis e passíveis de constatação por exame de corpo de delito. Conferir: TJSP: HC 284.996-3, Suzano, 4.ª C., rel. Haroldo Luz, 15.06.1999, v. u.

21. Condenação por estupro baseada na palavra da vítima: existe a possibilidade de condenação, mas devem ser considerados todos os aspectos que constituem a personalidade da ofendida, seus hábitos, seu relacionamento anterior com o agente, entre outros fatores. Cremos ser fundamental, ainda, confrontar as declarações prestadas pela parte ofendida com as demais provas existentes nos autos. A aceitação isolada da palavra da vítima pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu. Por isso, a cautela se impõe redobrada. Confira-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, mantendo absolvição de acusado de estupro imposta por tribunal estadual: “A palavra da ofendida, no caso em exame, não é suficiente para gerar credibilidade. Não há certeza de ser ela moça recatada. Foi ouvida uma testemunha que disse ter estado com a vítima antes, em sua casa, quando ‘a ofendida despiu-se completamente para ele; isso ocorreu após terem retornado de um baile na localidade (...); dormiram na mesma casa’; só não mantiveram relações sexuais porque a testemunha estava embriagada. Enfim, por falta de credibilidade quanto ao comportamento da ofendida, manteve-se a absolvição do pretendo estuprador” (REsp 168.369-RS, 5.ª T., rel. José Arnaldo da

Fonseca, 06.04.1999, v. u., *RT* 767/547). Sob outro prisma: STJ: “A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ” (HC 63.658-RS, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 07.08.2007, v. u.). E também: TJAC: “É cediço que nos crimes contra os costumes a palavra da vítima, desde que firme e coerente, assume preponderante importância, mas em harmonia com o conjunto probatório existente nos autos, o que não ocorre neste caso” (Ap. 2005.000583-0, C. Criminal, rel. Feliciano Vasconcelos, 19.01.2006, v. u.); TJCE: “Desde que sem seguro conforto no contexto probatório, a palavra isolada da ofendida, em si, não pode levar a juízo de condenação. A culpabilidade não se presume ou pode ser extraída de subjetivismos, exigindo para a sua definição prova limpa e segura do cometimento e da autoria delituosos. Na dúvida, absolve-se” (Ap. 2000.0151.5148-5/1, 1.ª C., rel. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, 13.12.2005, v. u.); TJDF, Ap. 2002.01.1.048823-8, 1.ª T., rel. Aparecida Fernandes, 08.06.2006, v. u.

22. Causa de aumento de pena trazida pela Lei dos Crimes Hediondos: ver nota 8 ao art. 224.

Atentado violento ao pudor²³

Art. 214. Constranger²⁴ alguém,²⁵⁻²⁶ mediante violência ou grave ameaça,²⁷ a praticar ou permitir que com ele se pratique²⁸⁻²⁹ ato libidinoso³⁰⁻³¹ diverso da conjunção carnal:³²⁻³⁵

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.^{36-36-B}

Parágrafo único. (Revogado pela Lei 9.281/96.)

23. Crime hediondo: ver nota 2 ao artigo anterior.

24. Análise do núcleo do tipo: ver nota 3 ao artigo anterior.

25. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa.

26. Marido como sujeito ativo: são pacíficas a doutrina e a jurisprudência quanto à possibilidade de o marido ser sujeito ativo do crime de atentado violento ao pudor contra sua mulher, o que provocou, com razão, a indignação de Nilo Batista. Não porque isso fosse errôneo, mas pelo fato de que muitos dos autores que sustentam tal possibilidade negam-na para o caso do estupro. E diz o professor: “Se é para produzir filhos, vale a violência; se é o beijo lascivo, a propósito do qual Hungria nos legou memorável página de *esprit* e erudição, não vale a violência” (Estupro – O marido como sujeito ativo, *Decisões criminais comentadas*, p. 70-71).

27. Violência ou grave ameaça: a violência é a coação física, enquanto a grave ameaça é a intimidação grave e séria (violência moral).

28. Praticar ou permitir a prática: há duas maneiras de compor o verbo central – *constranger* – com as figuras sequenciais: o agente pode obrigar a vítima a com ele praticar ato libidinoso ou obrigá-la a permitir que seja praticado o ato. No primeiro caso, a posição da vítima é ativa; no segundo, passiva.

28-A. Consentimento do ofendido afastando a ilicitude: verificar a nota 107-A ao art. 23 e também a nota 12 ao art. 224.

29. Contato físico: não é indispensável. Obrigar a vítima, por exemplo, sob ameaça de arma de fogo, a despir-se para satisfazer à lascívia do agente pode configurar o delito. Há, no entanto, posição contrária, exigindo o contato físico.

30. Ato libidinoso: é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual.

31. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade especial de satisfazer a própria lascívia. Esse objetivo é o que diferencia o atentado violento ao pudor do constrangimento ilegal ou da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais). Nessa linha: TJSP: “Não concretizada a ação do acusado em atos inequívocos e idôneos ao fim libidinoso, não se configura atentado violento ao pudor, mas sim a contravenção de perturbação da tranquilidade da vítima” (Ap. 236.316-3, Itapeva, 2.^a C. Extraordinária, rel. Geraldo Xavier, 16.12.1998, v. u.). Embora exista a possibilidade de o atentado violento ao pudor dar-se com a finalidade de vingança – ou mesmo para humilhar e constranger moralmente a vítima –, tal situação, em nosso entender, não elimina o elemento subjetivo específico de satisfação da lascívia, até porque, nessas situações, encontramos a satisfação mórbida do prazer sexual, incorporada pelo desejo de vingança ou outro sentimento correlato. Estímulos sexuais pervertidos podem levar alguém a valer-se dessa forma de crime para ferir a vítima, inexistindo incompatibilidade entre tal desiderato e a finalidade lasciva do delito do art. 214.

32. Diversidade da conjunção carnal: tendo em vista que conjunção carnal

é a cópula vagínica, todos os demais atos que servem à satisfação do prazer sexual são considerados libidinosos, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se aqueles que forem castos, furtivos ou brevíssimos, como os dados na face. Incluem-se os beijos voluptuosos, com “longa e intensa descarga de libido”, como menciona Hungria, dados na boca. Ilustrando, com jurisprudência, a cópula anal entre pessoas do sexo masculino não se equipara à cópula vagínica, logo, é atentado violento ao pudor: STJ: HC 42.930-MG, 6.^a T., rel. Hélio Quaglia Barbosa, 06.10.2005, v. u., *DJ* 24.10.2005.

33. Distinção entre atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (ver a nota 18 ao art. 33), não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. Além disso, é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor, mas uma importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo. Neste último caso, trata-se do delito previsto no art. 214. Convém mencionar a lúcida manifestação de Delmanto a respeito do cuidado do juiz ao proceder à

distinção entre o crime e a contravenção: “A cominação de pena *igual* à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime *hediondo* (art. 1.º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para a lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, *desclassificar* o delito para a contravenção do art. 61 da LCP, que, sob o *nomen juris* de *importunação ofensiva ao pudor*, pune com multa aquele que ‘importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor’; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato *atípico*” (*Código Penal comentado*, p. 417).

34. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento. O objeto jurídico é a liberdade sexual.

35. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade sexual da vítima). Há quem entenda ser crime de mera conduta, com o que não podemos concordar, pois o legislador não pune unicamente uma conduta, que não possui resultado naturalístico. A vítima que foi constrangida a ato libidinoso pode sofrer lesões de ordem física – se houver violência – e, invariavelmente, sofre graves abalos de ordem psíquica, que constituem, com nitidez, um resultado detectável no plano da realidade. É, ainda, delito de forma livre (pode ser cometido através de qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“cons-

tranger” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de difícil comprovação. Note-se um caso concreto de tentativa de atentado violento ao pudor: TJRS: “Com relação à tipicidade do fato, é certo que o réu tentou beijar a vítima. Pela forma de abordagem, conclui-se que pretendia um beijo lascivo, que constitui ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Iniciou a execução do crime colocando a mão na virilha da garota. No entanto, o relato da vítima não foi claro se aquele toque foi, por si só, um ato lascivo, ou se apenas o réu colocou a mão em sua perna como mera insinuação, constituindo ato preparatório para seu intento principal, a obtenção do beijo. Assim, tenho que o delito foi tentado, uma vez que o réu não consumou seu intento por circunstância alheia à sua vontade, em razão da fuga da vítima” (Ap. 70016618597, Tramandaí, 7.ª C., rel. Sylvio Baptista Neto, 05.10.2006, v. u.). Entretanto, para ponderação, vale mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma entendeu que, no crime de atentado violento ao pudor, a conduta concupiscente evidencia-se pelos efetivos e reiterados contatos físicos do agressor com a vítima menor, caracterizando-se, assim, crime consumado, e não apenas tentativa (arts. 214 e 14, I e II, do CP). Precedentes citados: REsp 889.833-RS, DJ 29.06.2007; REsp 841.810-RS, DJ 18.12.2006; e REsp 732.989-AC, DJ 07.11.2005” (REsp 1.048.003-RS, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 14.10.2008).

36. Causa de aumento de pena trazida pela Lei dos Crimes Hediondos: ver nota 8 ao art. 224.

36-A. Exame de corpo de delito: é prescindível. Como afirmamos anteriormente, na nota 19 ao art. 213, pode-se provar a ocorrência tanto do estupro quanto do atentado violento ao pudor de variadas maneiras (por exemplo: prova testemunhal), pois não constituem crimes que, necessariamente, deixam vestígios materiais. Assim: TJDF: “Irrelevante o resultado negativo do Laudo de Exame de Corpo de Delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor prescinde da realização do exame de corpo de delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de provas” (Ap. 2000 03.1.011076-7, 1.^a T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v. u.). TJSP: “O Tribunal de Justiça já decidiu ser inadmissível afirmar que o delito definido pelo art. 214 do Código Penal de 1940 possa ser incluído no elenco daqueles que necessariamente deixam vestígios” (Ap. 477.773-3/2, Mauá, 1.^a C., rel. Mário Devienne Ferraz, 21.03.2005, v. u., *JUBI* 108/05).

36-B. Condenação por atentado violento ao pudor com base na palavra da vítima: ver a nota 21 ao art. 213.

Posse sexual mediante fraude

Art. 215. Ter³⁷⁻³⁸ conjunção carnal³⁹⁻⁴⁰ com mulher,⁴¹ mediante fraude:⁴²⁻⁴⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem,⁴⁵ menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:⁴⁶

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

37. Análise do núcleo do tipo: *ter* é conseguir, alcançar ou obter, sendo o objeto a conjunção carnal.

38. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o homem e o passivo, a mulher. Mais uma vez, utilizou o legislador os termos “conjunção carnal” e “mulher”, no tipo penal, o que possibilita a inserção unicamente do homem na posição ativa. Embora retirado do modelo legal de conduta a palavra “honesta”, de concepção antiquada e machista, possibilitando, pois, a punição de todo aquele que consiga atingir a conjunção carnal com qualquer mulher, através de mecanismo fraudulento, perdeu a Lei 11.106/2005 boa oportunidade de corrigir outra distorção da legislação penal. Poderia ter inserido no tipo do art. 215, em lugar de “mulher”, o termo “alguém”, tornando viável que o homem pudesse ser sujeito passivo de uma conjunção carnal praticada por mulher, que se valeria do mesmo mecanismo ardiloso.

39. Conjunção carnal: como já visto, é a cópula vaginal, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal.

40. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há elemento subjetivo do tipo específico, consistente em satisfazer a lascívia através da conjunção carnal.

41. Mulher *honesta*: eliminou-se do Código Penal o vetusto termo “honesta”, que estava a exigir da mulher um comportamento sexual recatado, pacato e cerceado, algo que jamais se demandou do homem em qualquer tipo penal. Portanto, em boa hora, corrigiu-se a distorção, permitindo, por exemplo, que uma prostituta possa ser

sujeito passivo do crime do art. 215, isto é, ser possuída sexualmente por alguém de modo enganoso ou ardiloso. Como observamos na nota 38 supra, poderia ter sido colocado o termo “alguém” em lugar de “mulher”, ampliando a possibilidade de punição e acompanhando o atual estágio dos costumes da sociedade no cenário sexual, permitindo a viabilização da hipótese de ser o homem possuído sexualmente, mediante fraude, por uma mulher. Aliás, essa modificação foi introduzida no contexto do art. 216 e, incompreensivelmente, negada no art. 215.

42. Fraude: é a utilização do ardil, do engodo, do engano.

43. Objetos material e jurídico: o objeto material é a mulher. O jurídico é a liberdade sexual.

44. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na conjunção carnal conseguida mediante fraude); de forma vinculada (só podendo ser cometido através da conjunção carnal); comissivo (“ter” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

45. Mulher virgem: nesse caso, cuida-se de um tipo qualificado, cuja punição mais severa se dá em virtude de ser a vítima mulher *virgem*, portanto, que nunca tenha mantido conjunção carnal, bem como me-

nor de 18 e maior de 14 anos, imaginando-se seu maior despreparo para refutar a conduta do agente, atuando por meio fraudulento. É natural que se exija do autor do crime conhecimento da situação da vítima (virgindade e menoridade). Embora tenha havido um avanço na legislação penal com o advento da Lei 11.106/2005, que buscou *atualizar*, em matéria de *costumes*, os delitos previstos neste Título VI da Parte Especial, ainda sobrou o ranço de se buscar a tutela da *virgindade* da mulher. Quanto à idade, pode-se até admitir uma elevação da pena, por ter sido vítima de fraude. Porém, não tem mais sentido algum a menção à mulher *virgem*, tanto que foi extraído do cenário penal o crime de sedução (art. 217), cujo objeto tutelado era justamente a *virgindade* feminina.

46. Menor de 14 anos: configura o estupro, nos termos do art. 224, *a*, que trata da violência presumida.

Atentado ao pudor mediante fraude

Art. 216. Induzir⁴⁷⁻⁴⁸ alguém,⁴⁹ mediante fraude,⁵⁰⁻⁵¹ a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:⁵²⁻⁵⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se a vítima⁵⁵ é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos:⁵⁶

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

47. Análise do núcleo do tipo: *induzir* é dar a idéia, incentivar, persuadir, inspirar. Essa figura típica, com a devida vênia, chega a ser pior que a anterior. Para configurar o crime, basta que o agente incentive uma pessoa, mediante ardil, a qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal (ex.: um homem que consiga persuadir uma mulher

a com ele trocar um beijo lascivo, através de logro). E mais grave: o crime, pela redação do tipo, deveria ser formal, bastando o induzimento para se aperfeiçoar, ainda que não ocorresse concretamente qualquer ato libidinoso. Não seria crível uma hipótese dessa nos dias de hoje, especialmente quando se cultiva o princípio da intervenção mínima. Portanto, deve-se exigir, pelo menos, um resultado naturalístico, ou seja, que haja ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ainda assim, não encontraríamos conduta tão grave a ponto de merecer sanção penal. O induzimento volta-se à *prática* (realização, cometimento, execução) ou *submissão à prática* (sujeição à realização de algo) de ato libidinoso (vide a nota 52 abaixo).

48. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. Anteriormente à Lei 11.106/2005, o sujeito passivo era somente a *mulher honesta*. Houve avanço legislativo, pois tanto o homem quanto a mulher podem ser vítimas de atentado ao pudor, mediante fraude, independentemente do seu comportamento no campo sexual.

49. Mulher honesta: ver nota 41 ao artigo anterior.

50. Fraude: ver nota 42 ao artigo anterior.

51. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há elemento subjetivo do tipo específico, consistente na especial vontade de satisfazer a própria lascívia.

52. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal: como já dissemos (art. 214), é todo ato lascivo ou voluptuoso, destinado a satisfazer o prazer sexual.

53. Objetos material e jurídico: o objeto material é qualquer pessoa. O objeto jurídico é a liberdade sexual.

54. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no tolhimento da liberdade sexual através da prática de ato libidinoso); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“induzir a praticar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

55. Vítima menor: não mais se exige honestidade da pessoa ofendida, podendo ser homem ou mulher.

56. Menor de 14 anos: trata-se de atentado violento ao pudor, pois presume-se a violência (art. 224, *a*).

Assédio sexual

Art. 216-A. Constranger⁶⁷⁻⁶⁹ alguém com o intuito de obter vantagem⁶¹ ou favorecimento sexual, prevalecendo-se⁶²⁻⁶³ o agente da sua condição de superior hierárquico⁶⁴ ou ascendência⁶⁵ inerentes ao exercício de emprego,⁶⁶ cargo ou função.⁶⁷⁻⁷²

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.⁷³⁻⁷⁴

Parágrafo único. (Vetado.)⁷⁵

57. Análise do núcleo do tipo: *constranger* tem significados variados – tolher a liberdade, impedir os movimentos, cercear, forçar, vexar, oprimir –, embora prevaleça, quando integra tipos penais incriminadores, o sentido de forçar alguém a fazer algu-

ma coisa. No caso presente, no entanto, a construção do tipo penal não foi bem feita. Nota-se que o verbo *constranger* exige um complemento. Constrange-se alguém a alguma coisa (ver, nesse sentido, a nota 6, referente ao elemento subjetivo do art. 146). Assim, no caso do constrangimento ilegal (art. 146, CP), força-se alguém a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda. No contexto dos crimes sexuais previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, obriga-se mulher a manter conjunção carnal (estupro) ou alguém a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal (atentado violento ao pudor). Logo, há sentido na construção dos tipos penais, a ponto de se poder sustentar serem os delitos de estupro e atentado violento ao pudor complexos em sentido amplo, isto é, aqueles que se formam através da junção de um tipo incriminador com outra conduta qualquer. O estupro, por exemplo, é a união do constrangimento ilegal associado à conjunção carnal. Por isso, trata-se de um constrangimento ilegal específico, voltando-se a ofensa à liberdade sexual. O tipo penal do art. 216-A, no entanto, menciona, apenas, o verbo *constranger*, sem qualquer complementação, dando a entender que está incompleto. Afinal, a previsão “com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual” é somente elemento subjetivo específico, dizendo respeito à vontade, sem qualquer ligação com a conduta retratada pelo constrangimento. Queremos crer que a única maneira viável de se compatibilizar essa redação defeituosa com o intuito legislativo, ao criar a figura criminosa do assédio sexual, é interpretar que se trata de um constrangimento ilegal específico, assim como ocorre nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, com a diferença de que, no caso do assédio, não há violência ou grave ameaça. Assim, deve-se entender que a intenção do autor do assédio é forçar

a vítima a fazer algo que a lei não manda ou não fazer o que ela permite, desde que ligado a vantagens e favores sexuais. Quer o agente obter, em última análise, satisfação da sua libido – por isso o favorecimento é sexual – de qualquer forma. A concessão de vantagem sexual não é, por si, ilegal, mas, ao contrário, trata-se de fruto da liberdade de qualquer pessoa. Por isso, somente quando o superior força o subordinado a lhe prestar tais favores, sem a sua concordância livre e espontânea, termina *constrangendo* a vítima a fazer o que a lei não manda. Em síntese: qualquer conduta opressora, tendo por fim obrigar a parte subalterna, na relação laborativa, à prestação de qualquer favor sexual, configura o assédio sexual. Aliás, melhor teria sido descrever o crime em comento com os significados verdadeiramente pertinentes ao contexto para o qual o delito foi idealizado. *Assediar* significa “perseguir com propostas; sugerir com insistência; ser importuno ao tentar obter algo; molestar” (*Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Instituto Antônio Houaiss, Rio de Janeiro, Objetiva, p. 319). E, na mesma obra, cuida-se do *assédio sexual*, nos seguintes termos: “Insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno” (ob. cit., p. 319). Ora, o que se pretendeu atingir foi o superior, na relação empregatícia, que persegue os funcionários, insistentemente, com propostas sexuais, importunando-os. Atinge-lhes a liberdade sexual. Em última análise, a dignidade sexual (defendemos a alteração da denominação “crimes contra os costumes” para “crimes contra a dignidade sexual”, como já expusemos na nota 1 de abertura a este Título). Essa deveria, pois, ter sido a descrição feita no tipo penal incriminador e jamais a utilização inoportuna do verbo *constranger*, que é algo mais sério e vinculado a um objeto certo, o que não figurou no

art. 216-A. Finalmente, acrescenta-se que o verbo central deve ser conjugado com a figura secundária *prevaler-se* – levar vantagem, tirar proveito. O constrangimento associa-se à condição de tirar vantagem de alguém, em razão da condição de superior hierárquico ou ascendência no exercício de cargo, função ou emprego. Em igual ótica, define Laerte I. Marzagão Jr.: “No Direito pátrio, a figura do assédio sexual restringe-se ao constrangimento criminoso, manifestado única e tão-somente em um contexto laboral, por parte do chefe, patrão ou superior hierárquico contra o empregado ou subordinado, com o objetivo de se auferir vantagem de natureza sexual” (*Assédio sexual e seu tratamento no direito penal*, p. 66).

58. Crítica à figura penal: cremos ser totalmente inadequada e inoportuna a criação do delito de assédio sexual no Brasil. Primeiramente, deve-se ressaltar que são poucos os casos noticiados de importunações graves, no cenário das relações de trabalho, que não foram devidamente solucionados, com justiça, nas esferas cível e trabalhista – ou mesmo administrativa, quando se cuidar de funcionário público. Em segundo lugar, é preciso considerar que, para o nascimento de uma nova figura típica incriminadora, seria indispensável levar em conta o conceito material de crime, isto é, o fiel sentimento popular de que uma conduta merecesse ser sancionada com uma pena, o que não ocorre. Trata-se de um delito natimorto, sem qualquer utilidade prática, o que o tempo irá demonstrar. Não se desconhece que o assédio sexual é uma realidade em todo o mundo, merecendo punição, além de ser nitidamente ilícito, antiético e imoral, mas não se trata de assunto para o direito penal. Tivemos oportunidade de criticar a inadequação de vários dos crimes sexuais, atualmente previstos no Título VI do Código

Penal, a começar pela denominação dada – “crimes contra *os costumes*” –, merecedores de revogação (ver nota 1 ao Título VI), razão pela qual podemos insistir que, em vez de descriminalização, observamos o fenômeno inverso, que é o surgimento de mais uma figura típica incriminadora, desconsiderando-se ser o direito penal a *ultima ratio*, ou seja, a última cartada do legislador para a punição de condutas verdadeiramente sérias e comprometedoras da tranquilidade social. Não é o caso do assédio sexual, fruto da importação de normas de outros sistemas legislativos, inadequados à realidade brasileira. Enfim, melhor teria sido a previsão, se fosse o caso, de maior rigidez na punição de empregadores e funcionários, nos campos civil, trabalhista e administrativo, do que ter criado um outro tipo penal, cuja margem de aplicação será diminuta, quando não for geradora de erros judiciais consideráveis, até mesmo porque a prova de sua existência será extremamente complexa. Se para a condenação de estupradores, por exemplo, já se encontra imensa dificuldade, por vezes sendo o juiz levado a acreditar, unicamente, na palavra da vítima, o que dizer do assédio sexual? Poderia alguém, demitido injustamente, vingar-se do seu superior, denunciando-o à autoridade pela prática de assédio sexual, possibilitando o indiciamento e até o processo-crime, fundado na palavra da parte ofendida. Ainda que haja absolvição por insuficiência de provas, lastreada a decisão no princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), o prejuízo é evidente e o constrangimento gerado, também. Em suma, a solução legislativa para os casos de assédio sexual, tipificando-a, não foi acertada, em nosso entender.

59. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser pessoa que seja superior ou tenha ascendência, em relação

laborativa, sobre o sujeito passivo. Este, por sua vez, só pode ser o subordinado ou empregado de menor escalão. Por se tratar de delito sexual, é importante mencionar que a figura típica não faz qualquer distinção relativamente ao sexo dos sujeitos envolvidos, podendo ser sujeito ativo tanto o homem, quanto a mulher, o mesmo valendo para o sujeito passivo. Pouco interessa, ainda, se o interesse é heterossexual ou homossexual. Pessoas de vida libertina (como prostitutas) podem ser sujeitos passivos do crime, embora seja ainda mais difícil comprovar a existência da infração penal.

60. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente no “intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual”. Não há a forma culposa.

61. Vantagem ou favorecimento: *vantagem* quer dizer ganho ou proveito; *favorecimento* significa benefício ou agrado. Na essência, são termos correlatos e teria sido suficiente utilizar apenas um deles na construção do tipo penal, pois, na prática, é impossível diferenciá-los com segurança.

62. Seriedade da ameaça: embora não se exija, no tipo penal, que exista uma ameaça grave, é preciso considerar que a obtenção de favor sexual do subordinado não deve prescindir de uma ameaça desse tipo, capaz de comprometer a tranquilidade da vítima, podendo ser de qualquer espécie – desemprego ou preterição na promoção, por exemplo. A fragilidade da ameaça, porque inconsistente o gesto do autor ou por conta do tom de gracejo do superior, não é capaz de configurar o delito. Do contrário, qualquer tipo de abordagem estaria vetado, coibindo-se a prática milenar de flerte entre as pessoas, motivada por desejos sexuais. Não é, naturalmente, esse o objetivo da norma penal criada. Por outro lado, haven-

do a utilização da prática de mal injusto e grave, que configuraria o delito do art. 147 (ameaça), está este absorvido pelo assédio sexual, pois a ameaça, seja de mal injusto ou justo, faz parte do tipo penal. O crime-meio pode ser a ameaça (art. 147) para atingir o crime-fim (art. 216-A).

63. Injustiça da ameaça: não é exigida. Para a caracterização do delito, basta que o agente, prevalecendo-se de seu poder de mando, constranja a vítima, através de gestos ameaçadores, com finalidade de obter favor sexual. Se o fizer, invocando ameaça justa – ex.: preterir o empregado na próxima promoção, o que iria mesmo ocorrer, porque outro funcionário, mais bem preparado, está à sua frente –, o crime está identicamente concretizado. O cerne é infundir temor ao empregado, pouco interessando se há justiça ou injustiça na ameaça velada, transmitida pelo superior para conseguir favorecimento sexual.

64. Superior hierárquico: trata-se de expressão utilizada para designar o funcionário possuidor de maior autoridade na estrutura administrativa pública, civil ou militar, que possui poder de mando sobre outros. Não se admite, nesse contexto, a relação de subordinação existente na esfera civil. Aliás, tal interpretação está em consonância com o entendimento dominante a respeito da obediência hierárquica – excludente de culpabilidade – somente utilizável na esfera do direito público (ver nota 102 ao art. 22). Não se configura o crime de assédio sexual caso os funcionários possuam o mesmo nível, nem tampouco quando o de menor poder de mando assedia o chefe ou superior.

65. Ascendência: significa superioridade ou preponderância. No caso presente, refere-se ao maior poder de mando, que possui um indivíduo, na relação de

emprego, com relação a outro. Liga-se ao setor privado, podendo tratar-se tanto do dono da empresa, quanto do gerente ou outro chefe, também empregado. Não há qualquer possibilidade de haver assédio sexual quando envolver empregados de igual escalão, nem tampouco quando o de menor autoridade assediar o de maior poder de mando.

66. Exercício de emprego, cargo ou função: *emprego* é a relação trabalhista estabelecida entre aquele que emprega, pagando remuneração pelo serviço prestado, e o empregado, aquele que presta serviços de natureza não eventual, mediante salário e sob ordem do primeiro. Refere-se, neste caso, às relações empregatícias na esfera civil. *Cargo*, para os fins deste artigo, é o público, que significa o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 420). *Função*, para os fins deste crime, é a pública, significando o conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, não correspondentes a um cargo ou emprego (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 421). O crime de assédio sexual somente se aperfeiçoa se o sujeito ativo constranger a vítima, sua subordinada, por conta de relação de emprego ou estrutura hierárquica da administração, *valendo-se* do cargo, função ou emprego. Caso o assédio se realize, por exemplo, num local de lazer, como um clube, desvinculado da relação patrão-empregado (ou superior-subordinado), o tipo penal do art. 216-A não se concretiza.

67. Objetos material e jurídico: o objeto material do crime é a pessoa que sofre o constrangimento. O objeto jurídico é a liberdade sexual.

68. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado, no caso é o superior hierárquico ou chefe da vítima); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em obter o agente o favor sexual almejado). Caso consiga o benefício sexual, o delito atinge o exaurimento; de forma livre (aquele que pode ser cometido de qualquer forma eleita pelo agente); comissivo (o verbo *constranger* implica em ação) e, excepcionalmente, na modalidade omissiva imprópria ou comissiva por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente, embora seja de difícil configuração.

69. Relação entre docente e aluno: não configura o delito. O tipo penal foi bem claro ao estabelecer que o constrangimento necessita envolver superioridade hierárquica ou ascendência *inerentes* ao exercício de emprego, cargo ou função. Ora, o aluno não exerce emprego, cargo ou função na escola que frequenta, de modo que na relação entre professor e aluno, embora possa ser considerada de ascendência do primeiro no tocante ao segundo, não se trata de vínculo de trabalho.

70. Relação entre ministro religioso e fiel: não se configura o crime de assédio sexual, pelas mesmas razões já expostas na nota anterior. O padre, por exemplo, não tem relação laborativa, caracterizadora de

poder de mando, estando fora da figura típica. Não deveria estar alheio a este delito, pois há possibilidade fática de existir assédio sexual nesse contexto, ainda que motivada a subserviência pela fé, visto existir o liame de ascendência de um (sacerdote) sobre outro (fiel).

71. Relação entre patrão e empregada doméstica: pode configurar o crime, pois existe a relação de emprego e há ascendência de um (patrão) sobre a outra (doméstica).

72. Paixão do agente pela vítima: não serve para excluir o delito. O art. 28, I, do Código Penal é claro ao dispor que a emoção e a paixão não afastam a responsabilidade penal. Assim, ainda que o autor do delito esteja, realmente, apaixonado pela vítima, exigindo dela favores sexuais, valendo-se da condição de superior na relação empregatícia, o crime está configurado. Entretanto, pode a paixão justificar uma perseguição mais contundente do superior à vítima, sem que isso configure assédio sexual, desde que a intenção do agente fique nitidamente demonstrada, ou seja, não se trata de atingir um mero favorecimento sexual, mas uma relação estável e duradoura. Faltaria, nessa hipótese, o elemento subjetivo específico, que é a obtenção de *vantagem* ou *favor* sexual – algo incompatível com a busca de um relacionamento sólido. O que é inadmissível, no entanto, é valer-se da condição de superior para exigir um contato sexual, a fim de garantir uma proximidade maior com a parte ofendida, mesmo que seja para posterior comprometimento sério. Em outras palavras, se o superior ficar atrás de uma funcionária, por exemplo, propondo-lhe namoro ou casamento, mas sem ameaçá-la, não há assédio. Se propuser, em nome do sentimento, contato sexual, sem qualquer ameaça, também não há crime. Entretanto,

se, em nome da paixão, constranger a vítima a conceder-lhe favores sexuais, certo de que, dessa forma, conseguirá conquistá-la, termina incidindo na figura do assédio sexual.

73. Causas de aumento da pena: aplicam-se a este delito as causas de aumento da pena (um quarto até metade), previstas no art. 226 do Código Penal, com alguns reparos. Se o crime for cometido por duas ou mais pessoas (inciso I), não há problema algum. Entretanto, se for ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, torna-se preciso que seja, também, empregador ou superior hierárquico do filho, enteado, irmão, tutelado ou curatelado. Não é possível aplicar a causa de aumento referente a preceptor, pois se refere ao professor, não abrangido pelo crime de assédio sexual. Quanto a ser empregador, também não se aplica a causa de aumento, pois já faz parte do tipo penal do art. 216-A, não se prestando ao *bis in idem*. Pode não ser aplicável, ainda, a circunstância de ter, por qualquer outro título, autoridade sobre a vítima, desde que essa autoridade seja proveniente da relação de superioridade ou ascendência da relação laboral, pois característica do tipo básico.

74. Ação penal: é privada, como regra, na forma do previsto pelo art. 225. Pode ser pública condicionada, caso a vítima ou seus pais não possam prover às despesas do processo, sem privação do sustento. A ação será pública incondicionada se, além de superior hierárquico, o agente do crime se prevalecer do pátrio poder (ou poder familiar) ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

75. Parágrafo único vetado: dizia o dispositivo que “incorre na mesma pena quem cometer o crime: I – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de

hospitalidade; II – com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério”. A razão do veto, embora incompreensível, foi a seguinte: “No tocante ao parágrafo único projetado para o art. 216-A, cumpre observar que a norma que dele consta, ao sancionar com a mesma pena do *caput* o crime de assédio sexual cometido nas situações que descreve, implica inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal, e indevido benefício que se institui em favor do agente ativo daquele delito. É que o art. 226 do Código Penal institui, de forma expressa, causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A. Assim, no caso de o parágrafo único projetado vir a integrar o ordenamento jurídico, o assédio sexual praticado nas situações nele previstas não poderia receber o aumento de pena do art. 226, hipótese que evidentemente contraria o interesse público, em face da maior gravidade daquele delito, quando praticado por agente que se prevalece de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. O veto é injustificado, pois o art. 226 menciona hipóteses perfeitamente compatíveis com as relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Trata do aumento de pena para quem agir em concurso de duas ou mais pessoas ou quando o agente for ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tenha autoridade sobre ela, bem como se for casado. Ora, o assédio sexual, tal como previsto no *caput*, ocorre nas relações empregatícias, não se referindo a relações domésticas, nem de coabitação e muito menos de hospitalidade. Tampouco o art. 226 se refere a elas. Logo, ainda que o art. 216-A tivesse o parágrafo único, seria possível aplicar, quando com-

patível, o art. 226. Talvez tivesse o Poder Executivo fixado as vistas apenas no tocante à relação entre pai e filho que, ao mesmo tempo em que pode ser de coabitação ou doméstica, também está prevista como causa de aumento no art. 226. Do modo como ficou, no entanto, se o pai assediou sexualmente a filha, por exemplo, não será punido, salvo se constituir outro crime sexual qualquer.

Capítulo II DA SEDUÇÃO E DA CORRUPÇÃO DE MENORES

Sedução

Art. 217. (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

Corrupção de menores

Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção¹⁻³ de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos,⁴ com ela praticando⁵ ato de libidinagem,⁶ ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo.^{7-9-A}

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

1. Análise do núcleo do tipo: *corromper* é viciar ou depravar e *facilitar a corrupção* significa tornar mais fácil a depravação. O objeto é ato libidinoso, portanto a corrupção está situada no campo sexual.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa; o sujeito passivo necessita ser pessoa entre 14 e 18 anos.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há a forma culposa. Exige-se, em nosso entendimento, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de levar o menor à devassidão, retirando-o do caminho de integridade que está trilhando.

4. Pessoa maior de 14 e menor de 18: exige-se que não se trate de menor já corrompido. Se for menor de 14 anos, conforme a prática mantida, pode configurar-se o estupro ou o atentado violento ao pudor. Por outro lado, o menor que já esteja depravado, porque outros o desvirtuaram, não pode ser sujeito passivo deste crime. Seria delito impossível (art. 17), por absoluta impropriedade do objeto. Nesse sentido: TJSP: “Corrupção de menores (art. 218, Código Penal) – Descaracterização – Rapaz de 17 anos de idade, que conhece o réu pela internet, concorda em com ele se encontrar e se entrega, voluntariamente, a todo tipo de relacionamento sexual, já no primeiro encontro – Conduta moral do menor duvidosa e inexistência de resistências a serem vencidas pelo corruptor – Inexistência de prova de que a vítima tenha sido efetivamente corrompida – Absolvição decretada” (Ap. 445.609-3/6, São Paulo, 6.^a C., rel. Debatin Cardoso, 03.02.2005, v. u.).

5. Praticando ou induzindo a praticar ato de libidinagem: a composição do núcleo do tipo – corromper ou facilitar a corrupção – necessita ser unida às condutas de *praticar, induzir à prática ou induzir a presenciar* ato libidinoso. Portanto, o agente necessita levar o menor à depravação sexual através da prática de atos de libidinagem ou mesmo fazer com que o menor os pratique com outrem. Pune-se, ainda, a devassidão adquirida por presenciar atos de libidinagem entre terceiros. Em síntese, o menor pode desencaminhar-se quando: a) pratique com um maior atos libidinosos capazes de abalar a sua formação moral, no campo da sexualidade; b) seja levado pelo maior a praticar atos libidinosos suficientes para abalar a sua formação moral sexual; c) seja levado pelo maior a presenciar a prática de atos libidinosos entre outras pessoas, de modo a abalar a sua formação moral sexual.

6. Atos de libidinagem: são todos os atos relativos às práticas destinadas à satisfação do prazer sexual, não excluída a conjunção carnal, como outros tipos fizessem. Entretanto, com a devida vênia dos que pensam de modo diverso, não se pode considerar qualquer ato libidinoso e sim aquele que é *suficiente* para corromper uma pessoa. Assim, dar vários beijos em pessoa maior de 14 anos e menor de 18 é bem diferente do que com ela manter cópula anal. Ainda assim, seria preciso verificar se uma única vez – ainda que grave o ato, como o sexo anal – foi determinante para depravar a vítima. Não sendo, embora séria a prática sexual, pode-se constatar uma tentativa.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é o menor entre 14 e 18 anos. O objeto jurídico é a integridade da formação da moral sexual das pessoas nessa faixa etária.

8. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva corrupção do menor). Sustentando ter natureza formal: TJDE, Ap. 2002.01.1.116025-5, 1.^a T., rel. desig. Arnoldo Camanho de Assis, 16.06.2005, m. v.; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“corromper” ou “facilitar” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consoma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de rara configuração.

Seria preciso um ato executório idôneo e efetivo para possibilitar a corrupção sexual do menor, ainda que o agente não atinja seu objetivo.

9. Distinção entre o tipo do art. 218 e a Lei 2.252/54 (corrupção de menores): diz o art. 1.º da lei especial que dispõe sobre a corrupção de menores: “Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de 1.000 (mil) cruzeiros a 10.000 (dez) mil cruzeiros [hoje a multa é fixada de acordo com os critérios do art. 49 e seguintes do CP], corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando infração penal ou induzindo-a a praticá-la”. O objeto deste delito é a proteção à boa formação da personalidade do menor de 18 anos, evitando-se que ingresse no contexto da criminalidade. Portanto, o maior que o corrompe, levando-o à prática de infração penal, sozinho ou não, comete o delito da Lei 2.252/54, enquanto o maior que leva o menor de 18 e maior de 14 anos à vida sexual depravada, sem o cometimento de fato típico e antijurídico, responde pelo art. 218.

9-A. Confronto com o art. 244-A da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): preceitua o referido art. 244-A: “Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2.º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 1.º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo. § 2.º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”. O agente que se vale de criança ou adolescente, obrigando-o, por

domínio moral, à prática da prostituição ou de atos sexuais isolados, porém lucrativos, encaixa-se neste tipo penal. Se, em face disso, o menor se corrompe, pode haver concurso com o delito previsto no art. 218 do Código Penal. Se o domínio for físico (ou com violência presumida, no tocante a menores de 14 anos), pode haver concurso com estupro ou atentado violento ao pudor. A pessoa que mantém relação sexual com o menor de 18 anos, tendo conhecimento da exploração sofrida pela criança ou adolescente, pode responder, como partícipe, pelo delito previsto no art. 244-A da Lei 8.069/90, bem como pode ser autor, ainda, de corrupção de menores (art. 218 deste Código) ou mesmo de estupro ou atentado violento ao pudor (se a relação sexual se der com pessoa menor de 14 anos, pode ser violência presumida; se a relação se der com maior de 14 e menor de 18, somente se houver violência ou grave ameaça real). A configuração de um ou mais crimes, em relação a quem mantém com o menor de 18 anos a relação sexual, depende do caso concreto. Eventualmente, nenhuma infração penal se configura (ex.: mantém-se relação sexual consentida com adolescente já prostituída(o), maior de 14 anos, sem estar sob exploração de quem quer que seja, mas atuando por conta própria).

Capítulo III DO RAPTO

Rapto violento ou mediante fraude

Art. 219. (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

* Ver a nota 18-B ao art. 2.º.

Rapto consensual

Art. 220. (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

Diminuição de pena

Art. 221. (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

Concurso de rapto e outro crime

Art. 222. (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

Capítulo IV**DISPOSIÇÕES GERAIS****Formas qualificadas¹⁻²**

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:³

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

Parágrafo único. Se do fato⁴ resulta a morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

1. Aplicação das formas qualificadas: o art. 223 somente se aplica aos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214), únicas infrações penais contra os costumes que podem ser praticadas mediante o emprego de violência.

2. Crimes hediondos: essas formas qualificadas são consideradas igualmente hediondas, conforme art. 1.º da Lei 8.072/90. Lembremos, no entanto, que, a partir de 23.02.2006, o STF passou a considerar possível a progressão de regime em crimes dessa natureza (ver a nota 18 ao art. 33). Portanto, o regime inicial obrigatório é o fechado, mas há viabilidade para o juiz da execução penal permitir a progressão para o semi-aberto e, depois, para o aberto, nos moldes e conforme a quantificação trazida pela nova Lei 11.464/2007.

3. Crime qualificado pelo resultado: remetemos o leitor para os comentários feitos ao art. 19. É sabido que a doutrina e

a jurisprudência pátrias entendem, majoritariamente, ser esta forma (art. 223) de cometimento de delitos sexuais violentos, com resultados mais graves, preterdolosa, isto é, deve haver dolo na conduta antecedente (estupro ou atentado violento ao pudor) e apenas culpa na conduta posterior (lesão corporal grave ou morte). Nenhuma explicação plausível, além da política criminal levando em consideração a suficiência ou insuficiência da pena, é utilizada para justificar qual a diferença ontológica entre o art. 223 e o art. 157, § 3.º, por exemplo. Diz este último preceito legal: “Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de 7 (sete) a 15 (quinze) anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, sem prejuízo da multa”. Ora, lendo-se o art. 223, vê-se redação semelhante, excluindo-se somente a multa. Por que o latrocínio pode ser praticado com dolo na conduta antecedente e dolo na conduta conseqüente e o estupro seguido de morte não pode? Diz Damásio, valendo por todos, comentando o art. 157, § 3.º: “A morte pode ser dolosa ou culposa. Isso significa que o sujeito pode agir dolosa ou culposamente no tocante ao resultado morte (CP, art. 19)” (*Código Penal anotado*, p. 547). Depois menciona, no tocante ao art. 223: “O resultado qualificador é imputado ao agente a título de culpa. Assim sendo, o estupro ou atentado violento ao pudor tem como elemento subjetivo o dolo, advindo o resultado qualificador da culpa. Se ocorre dolo com relação à morte ou lesões, haverá concurso entre os crimes contra os costumes e contra a pessoa” (*Código Penal anotado*, p. 705). Creemos indevida tal solução diversificada para ambos os delitos qualificados pelo resultado. Se o legislador não especificou no tipo penal a exigência somente de culpa para o resultado qualificador dos crimes sexuais violentos – o que Noronha admite expressamente ter ocorrido (*Direito*

penal, v. 3, p. 211) –, não pode o juiz estabelecer a distinção. Por isso, agindo o autor com dolo ou culpa, no tocante ao resultado qualificador, há de responder pela figura do art. 213 c/c o art. 223. Outra solução, com a devida vênia, parece-nos casuística. Permitimo-nos mencionar a lição de Esther de Figueiredo Ferraz, à qual aderimos: “O agente, ‘impulsionado pelo desejo de satisfazer sua sexualidade’, o ‘criminoso sexual, para satisfazer sua lascívia’, pode deixar-se possuir pelo *animus laedendi* ou *necandi*, pode querer, pelo menos eventualmente, matar ou ferir a vítima, *quando ela oponha resistência* aos seus propósitos libidinosos. Resistência cuja duração e intensidade são capazes de levá-lo a redobrar a intensidade da violência inicial, já contida nos atos de ‘estupro’ e ‘atentado violento ao pudor’, até que ela atinja os limites da ‘lesão corporal de natureza grave’ ou a ‘morte’. As crônicas policiais e judiciárias contêm, às centenas ou milhares, exemplos de casos em que o sujeito ativo, contrariado em seus propósitos lascivos, não hesita ante a necessidade ou a eventualidade de ferir ou matar a vítima. O que demonstra a possibilidade de coexistirem, em boa harmonia, o *animus laedendi* ou *necandi*, de um lado, com a vontade de estuprar ou de praticar, violentamente, atos libidinosos. Para que as figuras contempladas nos arts. 213 e 214, combinados com o art. 223 e seu parágrafo único, excluíssem o ‘dolo’ direto ou eventual, em relação aos eventos ‘morte’ e ‘lesão corporal’, seria necessário, pois, que o legislador, à semelhança do que fez em relação ao § 3.º do art. 129 (‘lesão corporal seguida de morte’), *afastasse essa modalidade de elemento subjetivo*, valendo-se da fórmula empregada nesse último dispositivo: ‘se resulta morte [ou lesão corporal de natureza grave] e as circunstâncias evidenciam que o agente *não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo*’. Não o tendo

feito, é de se admitir que a lesão à vida ou à integridade pessoal possa assumir, nessas hipóteses, *tanto a forma culposa quanto a dolosa*. Tanto mais que a própria redação dos dispositivos que definem e apenam essas figuras qualificadas *é idêntica* à dos artigos que contemplam o crime de latrocínio (art. 157, § 3.º), e ninguém poderá negar, em boa doutrina, que no latrocínio sejam dolosos os delitos de ‘homicídio’ ou ‘lesão corporal’ que acompanham o crime de ‘roubo’” (*Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940*, p. 89-90).

4. Fato ou violência: aparentemente há uma contradição entre o *caput*, que menciona “violência” causando a lesão corporal de natureza grave, e o parágrafo único, referindo-se a “fato”. Poder-se-ia dizer que no primeiro caso há de existir violência para configurar o crime qualificado pelo resultado, enquanto no segundo bastaria, por exemplo, a grave ameaça. Assim não cremos. O legislador, embora tenha sido infeliz ao diversificar as expressões, não tinha motivo algum para excepcionar a hipótese do resultado qualificador “morte”, fazendo abranger a grave ameaça. Para melhor adequação e uniformidade de interpretação, deve-se ler o termo “fato” como “violência”, ou seja, “fato violento”.

Presunção de violência⁵

Art. 224. Presume-se⁶ a violência,⁷⁻⁹ se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;¹⁰
- b) é alienada ou débil mental,¹¹ e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.¹²

5. Presunção de violência: em determinadas situações específicas, prevê a lei penal uma presunção de violência,

pertinente às pessoas que não possuem capacidade de discernir entre a conveniência ou não de adotar determinada postura em matéria de sexualidade. Por isso, não se leva em conta a *eventual* concordância delas com o ato sexual mantido com terceiro. São os casos retratados neste artigo. Há entendimentos doutrinários sustentando a inconstitucionalidade desta norma penal, uma vez que nada poderia ser presumido em matéria penal, a ponto de ofender a responsabilidade penal subjetiva ou o próprio princípio da presunção de inocência. Em tese, pois, para quem assim opina, não se poderia falar em *presunção* de violência: ou a violência é demonstrada no caso concreto ou não se trataria de figura típica. A maioria (doutrina e jurisprudência), no entanto, acolhe o art. 224, considerando-o constitucional. É o que pensamos. O legislador, ao elaborar uma norma penal, baseado em fatos da vida social e em elementos colhidos pela experiência do cotidiano, pode eleger determinados parâmetros para a aplicação da lei penal, exatamente como fez no caso da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos. Trata-se de outra presunção. É possível que o agente, com 17 anos, por exemplo, saiba perfeitamente bem o que está fazendo, tendo plena consciência do caráter ilícito do fato, embora, para a lei penal, seja presumidamente inimputável (art. 27, CP). É o que ocorre no contexto do art. 224. A pessoa menor de 14 anos, diante da flagrante imaturidade, não tem condições de discernir a respeito do caminho ideal a seguir, quando decide manter uma relação sexual. Ainda que consinta no ato, portanto, presume a lei que o fez sem aquiescência *válida*. Ora, se não *podia consentir*, logo, o ato foi violento (contra a vontade *válida* da vítima). Explica Noronha: “Tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima, e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através

da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária” (*Direito penal*, v. 3, p. 212).

6. Presunção absoluta ou relativa: em primeiro lugar, cumpre destacar que, se o agente se equivoca quanto à idade ou ao estado mental da vítima, estamos diante do erro de tipo, não havendo razão plausível para puni-lo. Uma pessoa que encontre alguém contando com 13 anos, mas que aparenta ter muito mais que isso, mantendo com ela relações sexuais, pode incidir na hipótese do art. 20, deixando de ser punida. Mas se mantiver contato sexual com pessoa menor de 14 anos, disso tendo ciência, poder-se-ia considerar absoluta a presunção de violência? Cremos que, *em regra*, a presunção não deve comportar prova em contrário, sob pena de se invalidar a regra penal, esvaziando o seu conteúdo protetor e impingindo à pessoa ofendida o dever de provar sua honestidade, que é, em verdade, presumida pela própria norma penal. Ocorre que não se pode desconhecer a realidade dos fatos na aplicação do direito. Assim, em hipóteses *excepcionais*, acreditamos poder o réu demonstrar que a vítima, ainda que protegida pelo art. 224, tinha pleno conhecimento e vontade do que fazia, não se podendo falar em *violência ficta*. Uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada *incapaz* de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal. Há precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, embora polêmico. Votou o Min. Marco Aurélio (relator): “O quadro revela-se esbarrecedor, porquanto se constata que menor, contando com apenas doze anos, le-

vava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral, e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos –, não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o mas-

sacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. Portanto, é de se ver que já não socorrem à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não? Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a –, cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e espiritualmente. De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento, e, à medida que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. *A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso* como são as já apontadas, ou seja, *o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e man-*

tendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público” (grifo nosso). E, no mesmo caso, votou o Min. Maurício Correa, salientando: “Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sob outro ângulo, que é aqui restrita a tal *questio*, ressalva essa que faço questão de anotar”. Por outro lado, destacou o Min. Carlos Velloso: “O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta de seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as conseqüências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Código Penal, art. 224, a). A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem ainda condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer. (...) O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual, mediante beijos, abraços e outras carícias. Diz ela, ainda, está nas declarações

que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem. Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa em parecer mulher de vida livre. Isto decorre da imaturidade. Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circunspecta” (STF, HC 73.662-MG, 2.ª T., rel. Marco Aurélio, 21.05.1996 – votos favoráveis à presunção relativa e à absolvição do paciente: Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Correa; contrários: Carlos Velloso e Néri da Silveira). Temos que, *em regra*, a presunção deve ser considerada absoluta, salvo casos excepcionais. Preferimos ficar coerentes com o que vimos defendendo em outras oportunidades, isto é, não deveria a lei penal cancelar o entendimento de que o menor de 18 anos é sempre inimputável – dependendo a análise da sua capacidade de entendimento do ilícito do caso concreto –, nem tampouco se deveriam manter figuras típicas descompassadas da realidade, como as que protegem a *virgindade* da mulher ou sua *honestidade*. Por isso, também no tocante à idade, especialmente, deve-se ceder diante da realidade, buscando manter o equilíbrio na aplicação da lei penal. Com isso, não se está defendendo a possibilidade de tornar relativa a presunção de inimputabilidade do menor de 18 anos, pois, para incriminar, não se podem utilizar instrumentos de equidade, embora para descriminalizar, como é o caso do art. 224, seja possível. Ressaltemos, outrossim, que não há incom-

patibilidade em buscar uma solução mista, diante da importância e da delicadeza que o caso requer: como regra geral, não devem os juízes imergir na produção de provas acerca de honestidade da vítima e sua capacidade de consentimento, caso sejam menores de 14 anos, pois a presunção é, *em regra*, absoluta, não aceitando prova em contrário. É o que se pode sustentar para evitar a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se, com isso, a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente, que a Constituição Federal buscou assegurar (art. 227, § 4.º). Dessa forma, não se admite a discussão da capacidade de consentimento da ofendida. Seria ilógico debater, nos autos, a honestidade de uma menina de nove anos de idade... Entretanto, chegando a moça a idades mais elevadas, saindo da esfera da *criança* e alcançando o estágio da *adolescente* (maior de 12 anos), cremos possível discutir a respeito da sua condição e da sua real maturidade ou imaturidade. Defendemos, pois: presunção *absoluta* para a maioria dos casos, especialmente para as pessoas menores de 12 anos; *relativa* para as situações excepcionais, voltadas aos adolescentes, pessoas maiores de 12 anos. Nesse prisma: STJ: “Absurdo, também, afastar a violência presumida. Não há como inferir qualquer consentimento válido de uma menina de cinco anos de idade por ter, como consta dos autos, acompanhado espontaneamente o Recorrido à sala de brinquedos da igreja. De todo modo, a violência presumida, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva. Assim, o consentimento é irrelevante para a formação do tipo penal, porquanto a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

Outra não foi a intenção do legislador, visto que sequer há previsão de tipo alternativo em caso de consentimento” (REsp 714.979-RS, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 09.08.2005, v. u.). Ver, ainda: “Embora se trate de presunção indutiva, que cede espaço à prova de ser a vítima menor não-honesta, com experiência na vida de prostituição, o crime de estupro caracteriza-se com prática de relação sexual com menor de 14 anos, sendo irrelevante o seu consentimento” (REsp 117.142-PR, 6.ª T., rel. Cernicchiaro, 23.06.1999, m. v., DJ 29.11.1999, p. 210).

7. Aplicabilidade: aplica-se o disposto no art. 224 aos crimes de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214).

8. Aumento de pena: preceitua o art. 9.º da Lei 8.072/90 haver um aumento de metade da pena para quem cometer determinados crimes hediondos contra as pessoas enumeradas no art. 224 do Código Penal. *In verbis*: “As penas fixadas no art. 6.º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3.º, 158, § 2.º, 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”. O art. 224 serviu apenas de referência para o legislador indicar quando a reprovação ao ato deve ser mais seriamente considerada, agravando-se a pena. Assim, quem estupra menor de 14 anos tem a pena aumentada da metade. Surgiu, então, o posicionamento daqueles que viram nessa disposição do art. 9.º um *bis in idem*, quando houvesse a hipótese do art. 224, ou seja, se a idade da vítima fosse levada em conta para tipificar o crime de

estupro (violência presumida), não poderia novamente ser levada em consideração para aumentar a pena. Nesse sentido: STJ: REsp 692.188-RS, 5.^a T., rel. Arnaldo Esteves Lima, 23.05.2006, v. u., DJ 19.06.2006; REsp 156.818-AC, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 12.05.1998, v. u., DJ 29.06.1998, p. 268; REsp 92.640-ES, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 03.12.1996, m. v., DJ 03.03.1997, p. 4.719; TJSP: “Atentado violento ao pudor – Violência presumida – Impossibilidade de incidência como agravante do mesmo delito, sob pena de desobediência ao princípio *ne bis in idem* – Aplicação do art. 9.^o da Lei dos Crimes Hediondos – Inadmissibilidade – Entendimento de que a violência presumida, na hipótese, atua como elementar do crime, sendo aplicável somente nos casos de violência real em que resulte lesão corporal grave ou morte” (Ap. 996.111/7, Sumaré, 7.^a C., rel. Jair Martins, 15.03.2007, v. u.); Ap. 202.266-3, Guarujá, 6.^a C., rel. Nelson Fonseca, 18.04.1996, v. u.; Rev. 118.428-3, 3.^a C., rel. Poças Leitão, 02.12.1992, m. v. (conveniente destacar que o voto vencido, do Des. Dirceu de Mello, não considera *bis in idem* a aplicação do aumento do art. 9.^o ao estupro com violência ficta), RT 695/308; Ap. 121.065-3, 6.^a C., rel. Márcio Bártoli, 06.05.1992, m. v., RT 699/292; Ap. 150.751-3, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 13.12.1993, v. u., RT 704/324; Rev. 234.225-3, 1.^o Grupo de Câmaras, rel. Canguçu de Almeida, 24.08.1998, v. u., RT 759/591; TJDF, Ap. 1.695.196, 1.^a T., rel. Everards Mota e Matos, 20.05.1998, v. u., DJDF 24.06.1998, p. 106. Assim não deveria ser considerado. Houve somente a utilização de um mecanismo remissivo para tratar de causa de aumento de pena. O fato de a pessoa não poder *consentir* validamente, permitindo a tipificação do delito de estupro ou atentado violento ao pudor, não elimina outra consequência distinta, que é o crime sexual ter-se consumado contra vítima menor de 14 anos.

Assim, cremos perfeitamente possível a consideração da idade tanto para tipificar o delito sexual violento (arts. 213 e 214), como para aumentar a pena. Nessa linha é o que vem prevalecendo no STF: “A particular situação da vítima de não ser maior de 14 anos é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9.^o da LCH). Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9.^o da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não ocorrência de *bis in idem*” (HC 74.780-RJ, 2.^a T., rel. Maurício Corrêa, 11.11.1997, DJ 06.02.1998, RT 751/530). E ainda: STF: HC 76.004-RJ, 1.^a T., rel. Ilmar Galvão, 19.05.1998, v. u., DJ 21.08.1998, RT 759/520; HC 78.229-RJ, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 02.03.1999, v. u., DJ 07.05.1999, RT 767/514. Idem: TJSP: “Aplicação concomitante dos arts. 224 do Código Penal e 9.^o da Lei 8.072/90 – Ausência de *bis in idem* – Recurso não provido. Não há considerar *bis in idem* a coexistência do art. 9.^o da Lei 8.072/90 com o art. 224, *a*, do Código Penal (violência ficta), dado que o primeiro está relacionado com a punição, a maior, a ser imposta quando a vítima for menor de 14 anos, ao passo que, no segundo, a presunção de violência é requisito integrador dos tipos previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, com eventual influência na ação penal correspondente” (Ap. 155.433-3, Osasco, 1.^a C., rel. Jarbas Mazzoni, 18.04.1994). E também: STJ: REsp 165.532-MA, 6.^a T., rel. Anselmo Santiago, 24.11.1998, v. u., DJ 01.02.1999, p. 241; HC 21.570-RJ, 6.^a

T., rel. Fontes de Alencar, 18.11.2003, m. v., *DJ* 31.05.2004, p. 367.

9. Hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor nas hipóteses do art. 224: havia quem sustentasse não serem hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência ficta (casos do art. 224), porque não teriam sido expressamente descritos no art. 1.º da Lei 8.072/90. Nessa linha, conferir: STJ: REsp 192.346-DE, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 19.08.1999, v. u., *DJ* 13.09.1999, p. 94; HC 9.608-SP, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 02.09.1999, v. u., *DJ* 11.10.1999, p. 77; HC 9.345-SP, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 16.05.2000, v. u., *DJ* 19.06.2000, p. 155; TJES: Ap. 26930007203, Itapemirim, rel. Wellington da Costa City, 12.04.1995. Sempre fomos, no entanto, levados a discordar. O tipo penal que enumera os delitos hediondos (art. 1.º da referida Lei) menciona o estupro (art. 213, *caput*) e sua combinação com o art. 223, parágrafo único (estupro seguido de morte), bem como o atentado violento ao pudor (art. 214, *caput*) e sua combinação com o art. 223, parágrafo único (atentado seguido de morte), isto é, quatro delitos diversos (dois dolosos diferentes um do outro e dois qualificados pelo resultado diferentes um do outro). É lógico que não necessitaria ter descrito a combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 224, pois este não cria *novas* figuras típicas incriminadoras, mas unicamente dá elementos para a tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos). Ora, que diferença substancial existe entre uma conjunção carnal com violência real, praticada contra quem podia consentir e não o fez, e uma conjunção carnal com violência presumida, praticada contra quem não podia consentir e o fez?

Nenhuma, para efeito de concretização do tipo penal do art. 213. Ter relação sexual com uma menor de 15 anos, contra sua vontade, ou ter relação sexual com uma menor de 8 anos, contando com seu consentimento, é igualmente hediondo e punido de acordo com as penas previstas pelo art. 213. Logo, partilhamos do entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor cometido com violência ficta são hediondos. Nesse caminho: STJ: HC 8.200-RS, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 01.06.1999, m. v., *DJ* 18.10.1999, p. 238; REsp 92.640-ES, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 03.12.1996, m. v., *DJ* 03.03.1997, p. 4.719; TJPR: Ap. 9907, Ribeirão do Pinhal, rel. Clotário Portugal Neto, 01.09.1997; TJDF: Ap. 1.695.196, 1.ª T., rel. Everards Mota e Matos, 20.05.1998, v. u., *DJDF* 24.06.1998, p. 106. *Nota de destaque acerca da controvérsia jurisprudencial:* o Superior Tribunal de Justiça, que mantinha posicionamento dúplice a respeito do assunto, passou, após decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada em outubro de 1999, a adotar a primeira corrente, ou seja, os crimes sexuais cometidos com presunção de violência não são considerados hediondos. Mencione-se, nessa esteira, o seguinte acórdão do STJ: “Há que se ressaltar que o crime em questão (estupro ficto) não é considerado hediondo. Tal posicionamento, corroborado por decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal (cf. HC 78.305-MG, rel. Néri da Silveira, *DJU* 01.10.1999), vem, a partir de então, também sendo adotado por esta E. Turma Julgadora (HC 9.642-MS, de relatoria do culto Ministro Felix Fischer” (HC 11.5370-SP, 5.ª T., rel. Jorge Scartezzini, 09.05.2000, v. u., *DJ* 19.06.2000, p. 159). Mas, em face do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal (decisão do Pleno, tomada por 7 votos contra 4, HC 81.288-SC, 17.12.2001), revendo a questão e passando a tratar como hediondos não somente os delitos de estu-

pro e atentado violento ao pudor na forma simples, mas também quando cometidos com violência presumida, o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, alterou suas decisões. Conferir: “OSTF, alterando o entendimento até então adotado, fixou ser hediondo o estupro em qualquer das suas formas, vale dizer, com ou sem violência real, já havendo, inclusive, pronunciamento desta Corte, no mesmo sentido. A propósito, o bem lançado parecer do Ministério Público Federal: ‘No entanto, o Supremo Tribunal Federal, à oportunidade do julgamento do HC 81.288-SC, manifestou entendimento segundo o qual os delitos de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, ou praticados mediante violência presumida’ (HC 21.013-PR, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 04.06.2002, m. v.). Idem: HC 21.196-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 04.06.2002, m. v. Assim também: HC 21.570-RJ, 6.^a T., rel. Fontes de Alencar, 18.11.2003, m. v., *DJ* 31.05.2004, p. 367; HC 21.423-SP, 5.^a T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 25.06.2002, v. u.; HC 19.478-SC, rel. Gilson Dipp, 19.03.2002, v. u. Parece-nos importante mencionar parte do voto do Ministro Gilson Dipp nesse julgamento: “Venho repensando a nossa jurisprudência sobre a violência ficta, ou seja, aquela que é presumida pelas circunstâncias do art. 224 do Código Penal: quando a vítima não é maior de 14 anos, quando é alienada ou débil mental – e o agente tinha conhecimento de tal circunstância –, ou, ainda, quando a vítima não pode, por qualquer circunstância, oferecer resistência. Sobre tais aspectos, há alentados estudos de ordem jurídica, social e psicológica, demonstrando que, em inúmeros casos, o trauma psicológico causado em crianças pequenas, por exemplo, que tenham sido obrigadas a manter relações sexuais, geralmente com

pessoas integrantes da mesma família, são irreversíveis e, muitas vezes, consubstancia-se em trauma pior do que a violência física praticada, acompanhando a vítima pelo resto de sua vida. Penso que a violência presumida também não pode mais ser afastada dos crimes hediondos. De um lado, cabe a ressalva de que há casos de violência ficta, nos quais o Ministério Público – justamente por se tratar de violência que já se presume pela própria identidade da vítima, por exemplo – abstém-se da descrição de eventual violência real também ocorrida. Igualmente em relação ao Juiz, que muitas vezes condena pela violência presumida em função da idade, por exemplo – e não pela física também vislumbrada”. Mantém o STF a mesma posição: “Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante que a prática de qualquer deles tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte. Reafirmando sua jurisprudência nesse sentido, o Tribunal, por maioria, indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor na forma simples, no qual se pretendia afastar a incidência da Lei 8.072/90 para fins de obtenção do livramento condicional, porquanto já cumprido mais de um terço da pena imposta. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que deferia o *writ* por considerar que esses crimes só se caracterizariam como hediondos se deles resultasse lesão corporal grave ou morte. Precedente citado: HC 81288/SC (*DJU* 25.04.2003)” (HC 88245/SC, Pleno, rel. orig. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Cármen Lúcia, 16.11.2006, m. v., *Informativo* 448).

10. Menor de 14 anos: a idade da vítima deve ser provada por qualquer documento hábil, na esteira do preceituado

pela Súmula 74 do STJ (“Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”). Ora, se para reconhecer a menoridade *do réu* admite-se qualquer documento hábil, também se pode utilizar esse preceito para constatar a idade *da vítima*.

11. Alienada ou débil mental: a alienação mental pode ser de qualquer espécie, desde que retire da vítima a capacidade de discernimento (ver notas ao art. 26). O mesmo se diga do débil mental, pessoa que possui um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, equiparando-se à inteligência de uma criança de pouca idade, incapaz de dar o seu consentimento válido para um ato sexual. Exige o tipo penal, nesta hipótese, o dolo direto, isto é, o perfeito conhecimento dessa circunstância. A perícia é indispensável para a comprovação desse estado. Nessa esteira: “A incapacidade de consentir ou de opor resistência nos delitos contra a liberdade sexual decorrente de alienação ou debilidade mental do sujeito passivo reclama demonstração através de perícia reservada a tal fim, segura em seus fundamentos, de sorte a precisar com detalhes de evidências se, em verdade, ao tempo dos fatos eram-lhe totalmente abolidos o entendimento e a autodeterminação. Insuficientes para se aquilatar com certeza dessa ficção legal de violência termos vagos ou imprecisões de médicos legistas, sem a devida especialidade e cuja incumbência se limitara relevantemente em constatar tão-só os vestígios do abuso incriminador” (TJSP, Ap. 157.697-3, Franca, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 01.08.1994, v. u.).

12. Impossibilidade real de oferecimento de resistência: quando, por qualquer razão, a vítima não tem condições de oferecer resistência à pretensão sexual do agente, presume-se a violência. Assim, exemplificando, está o caso da pessoa do-

pada ou sob efeito devastador do álcool ou de droga de efeito análogo. Não se exige que tenha sido o autor do crime sexual a colocar a vítima nesse estado. Porém, é válido destacar que, se o ofendido embriagar-se espontaneamente, para participar de ato sexual, não pode invocar a proteção da lei penal. Se a utilização voluntária de bebida alcoólica não exime o agente da prática de crime (*actio libera in causa*), conforme prevê o art. 28, II, do Código Penal, é natural que o ingresso nesse estado de modo espontâneo, sabendo dos atos que irá praticar, não pode levar o agente a ser considerado vítima. Confira-se a decisão do Tribunal de Justiça de Goiás, absolvendo autor de atentado violento ao pudor contra pessoa que se embriagou, dispondo-se a praticar orgia: “O grupo de amigos reuniu-se com o propósito único de satisfazer a lascívia de cada um e de todos ao mesmo tempo, num arremedo de bacanal, que o vulgo intitula sexo grupal. Nesse tipo de congresso a regra moral dá lugar ao desvario, e, enquanto perdurar a euforia, ninguém é de ninguém. A literatura profana que trata do assunto dá destaque especial ao despudor e desavergonhamento, porque durante a orgia consentida e protagonizada não se faz distinção de sexo, podendo cada partícipe ser sujeito ativo ou passivo durante o desempenho sexual entre parceiros ou parceiras. Tudo de forma consentida e efusivamente festejada” (Ap. 25220-2/213, Bela Vista de Goiás, 2.^a T., rel. Paulo Teles, 29.06.2004, v. u.). Acrescentemos que a denúncia evidenciava terem agente e vítima ingerido, antes, vários tipos de bebidas alcoólicas e fumado maconha.

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.¹³

§ 1.º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I – se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;¹⁴

II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto,¹⁵ tutor ou curador.¹⁶

§ 2.º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.^{16-A}

13. Ação penal privada: todos os delitos definidos nos Capítulos I, II e III (arts. 213 a 216-A e 218), segundo a lei, deveriam ser de ação penal privada, ajuizada pela vítima, através da queixa-crime. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 608 (“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”), estabeleceu que a ação deve ser pública incondicionada quando houver violência real no caso do estupro, o que se pode estender também ao atentado violento ao pudor. Quanto ao acerto dessa posição, ver nota ao art. 101. Desde logo, salientamos que, tecnicamente, todos os delitos definidos nos Capítulos I, II e III são de ação privada, exceto nas condições mencionadas pelo § 1.º do art. 225. A posição do STF, portanto, é resultado de pura política criminal. No mais, há outras exceções legais à iniciativa privada, além do preceituado no § 1.º deste artigo, que envolvem os crimes qualificados pelo resultado, não abrangidos nos Capítulos I, II e III. São os casos descritos no art. 223 e seu parágrafo único (crimes sexuais violentos com resultado lesões corporais graves ou morte), de ação pública incondicionada.

14. Ação pública condicionada: quando o delito sexual for cometido contra vítima pobre, que não possa suportar as despesas do processo, sem se privar dos

recursos necessários à sua subsistência e de sua família, havendo representação (§ 2.º), cabe ao Ministério Público ajuizar a ação penal. Há muito já não se exige o atestado de pobreza emitido por delegados de polícia, bastando uma simples declaração, de próprio punho do interessado, afirmando sua condição de pobreza, para o fim de sustentar a demanda – como se diz no jargão forense: “pobreza, na acepção jurídica do termo”. Aliás, há determinados indivíduos que, pela própria condição e profissão, demonstram o estado de penúria por si só, nem mesmo necessitando exibir a referida *declaração de pobreza*. É realidade, no entanto, a exigência feita por alguns membros do Ministério Público, mormente no cenário deste art. 225, § 1.º, I, do Código Penal, para que a vítima hipossuficiente lhes apresente a *declaração de pobreza*, sob a assertiva de que somente esse documento os legitimaria a ingressar com a ação penal. Não nos parece correta essa visão. A legitimação ativa decorre da lei. Esta, por seu prisma, é clara: nos crimes contra os costumes, previstos nos arts. 213 a 218 do Código Penal, a ação é pública condicionada à representação, quando a pessoa ofendida ou seus pais forem pobres. Ora, se o estado de penúria, como afirmamos linhas acima, for evidente, a declaração de pobreza torna-se irrelevante. Basta a representação. Ademais, não se constitui a mencionada declaração um documento apto a gerar o crime de falsidade documental (art. 299, CP), pois está sujeito à comprovação dos dados e elementos nela constantes (consultar a nota 70-A ao art. 299). Conferir: STF: “O que previsto no art. 225 do Código Penal prescinde da prova da miserabilidade, bastando que a efetiva situação econômico-financeira da vítima seja insuficiente à contratação de profissional da advocacia sem prejuízo do próprio sustento. Precedentes: HC 77.812-MG, 76.563-SP, 75.516-PB e 70.184-RJ, relatados

pelos Ministros Sydney Sanches, Moreira Alves, Nelson Jobim e Carlos Velloso, com acórdãos publicados nos *Diários da Justiça* de 1.º.10.1999, 19.06.1998, 06.03.1998 e 08.10.1999, respectivamente” (RHC79.779-SP, 2.ª T., rel. Marco Aurélio, 15.02.2000, v. u., *RTJ* 175/1047). STJ: REsp 819.766-RS, 5.ª T., rel. Gilson Dipp, 06.06.2006, v. u., *DJ* 01.08.2006. Aliás, quando se tratar de menor ou pessoa inexperiente, admite-se que a representação seja feita por outros parentes ou indivíduos que mantenham estreitos vínculos – especialmente de dependência econômica – com a pessoa ofendida. Por outro lado, quando ficar claro que a pessoa ofendida tem elevado padrão econômico, o Ministério Público é parte ilegítima para propor a ação. Checar: TJSP: “Família da vítima que tem bom padrão socioeconômico. Existência de condições de prover às despesas do processo, sem privação dos recursos indispensáveis à manutenção da família. Ausência dos requisitos do art. 225, § 1.º, I, do Código Penal. Falta de *legitimatio ad causam* do Ministério Público. Denúncia rejeitada. Extinção do feito com fundamento nos arts. 107, IV, do CP, c/c arts. 38 e 43, III, do CPP [atual art. 395, II, do CPP]” (Órgão Especial, Ap. 109.346.0-3, rel. Gentil Leite, 01.12.2004, v. u., *Bol. AASP* 2424).

15. Padrasto: é a pessoa que ocupa o lugar do pai dos filhos da mulher, que os teve em matrimônio anterior. Tem a jurisprudência admitido também a posição do mero concubino ou companheiro para tornar a ação pública incondicionada. Naturalmente, deve-se incluir nesse contexto, por interpretação extensiva, a fim de dar aplicação lógico-sistemática à norma, a figura da madrasta. Não haveria sentido algum em excluir a autora de crime sexual cometido contra enteado somente porque o tipo penal se referiu à figura masculina. Aliás, é comum a menção apenas do mascu-

lino em muitas normas, o que não significa, naturalmente, o afastamento da mesma situação ocorrendo com o agente do sexo feminino. Lembremos a atual redação do art. 226, II, do CP, que inclui, expressamente, o termo *madrasta*.

16. Ação pública incondicionada: trata-se de iniciativa do Ministério Público a ação penal em virtude de crime sexual cujo autor seja ascendente (detentor do poder familiar), padrasto, tutor ou curador da vítima. É natural que, nessas hipóteses, torne-se muito difícil para a pessoa ofendida representar ou patrocinar um advogado para ajuizar queixa-crime contra a pessoa que deveria representá-la em juízo, defendendo seus interesses. Assim, é interesse público punir o sujeito que desvirtua sua função protetora, atacando a pessoa de quem deveria cuidar.

16-A. Legitimidade do Ministério Público, em face da existência de Defensoria Pública: a ação penal, em casos de delitos contra os costumes, é privada (art. 225, *caput*, CP), como regra. Porém, por critério de política criminal e legislativa, entende-se ser pública *incondicionada*, quando o agressor tiver ascendência sobre a vítima (art. 225, § 1.º, II, CP). É pública *condicionada* à representação, no caso de ser a vítima pobre (art. 225, § 1.º, I, c/c § 2.º, CP). Não se liga, portanto, a deliberação do legislador à existência de Defensoria Pública no Estado da Federação. Está-se tratando, no cenário do art. 225 do Código Penal, da titularidade da ação *penal*. Como em todos os outros casos de delitos diversos, quando se estabelece ser a ação privada (iniciativa do ofendido por queixa) ou pública, condicionada ou incondicionada (iniciativa do Ministério Público), o critério é legal e não se pode alterá-lo. Afinal, em matéria penal, o detentor absoluto do

direito de punir é o Estado. Eventualmente, permite-se, em caráter excepcional, que a vítima promova a ação penal, mas jamais a execução do julgado. Assim como, em certas situações, permite-se que seja ajuizada ação pelo Ministério Público, dependendo da aquiescência da vítima, cuja manifestação se dará por representação. No mais, o fato de existir ou não Defensoria Pública nada tem a ver com a ação penal. Diversamente, quanto ao ajuizamento de ação civil para a reparação de dano advindo de crime (art. 68, CPP), sustenta-se a titularidade do Ministério Público, enquanto não existir, no Estado, a Defensoria Pública devidamente organizada. Nessa ótica: STF: “A Turma negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* em que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro alegava a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação penal pública condicionada à representação pela suposta prática dos delitos de estupro (CP, art. 213) e atentado violento ao pudor (CP, art. 214) quando, não obstante a pobreza da vítima, o ente da federação possui Defensoria Pública devidamente aparelhada. Rejeitou-se o argumento de inconstitucionalidade do art. 225, §§ 1.º e 2.º, do CP pelo simples fato de o Estado-membro ser provido de Defensoria Pública estruturada. Asseverou-se, no ponto, ser distinto o dever de o Estado prestar assistência judiciária às pessoas menos favorecidas e as condições estabelecidas no Código Penal para a propositura da ação penal. Desse modo, considerou-se despropositada a construção da recorrente no sentido de invocar, para a espécie, a norma do art. 68 do CPP e a jurisprudência fixada pela Corte quanto a esse dispositivo – até que viabilizada, em cada Estado, a implementação da Defensoria Pública, o *parquet* deteria legitimidade para o ajuizamento de ação civil *ex delicto*, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre

–, a fim de converter a ação penal pública condicionada em ação penal privada, que passaria a ter como parte legitimada ativa a Defensoria Pública. Aduziu-se que a opção do legislador pela convivência entre os arts. 32 do CPP (autoriza o juiz, comprovada a pobreza da parte, a nomear advogado para a promoção da ação penal privada) e 225 do CP (concede titularidade ao Ministério Público para a propositura de ação penal pública condicionada) tem como consequência impedir que, na hipótese do art. 225, § 1.º, I, do CP (vítima pobre), depois de formalizada a representação, possa haver concessão de perdão ou abandono da causa. Por fim, entendeu-se que tal eleição não fora alterada com a criação e instalação das defensorias públicas nos Estados, pois a norma visa impedir que, nas hipóteses de pobreza declarada da ofendida, após a representação formalizada, não haja disposição de conteúdo material do processo” (RHC88143-RJ, 2.ª T., rel. Joaquim Barbosa, 24.04.2007, v. u., *Informativo* 464).

Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada:¹⁷

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;¹⁸

II – de metade, se o agente é ascendente, padraсто ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;¹⁹

III – (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

17. Causa de aumento de pena: obriga-se o magistrado a elevar a pena em um quarto, na hipótese descrita no inciso I deste artigo, bem como em metade, ocorrendo a situação descrita no inciso II, podendo, se for o caso, romper o teto fixado pelo tipo penal sancionador.

18. Concurso de duas ou mais pessoas: não se exige sejam todos co-autores, podendo-se incluir nesse contexto, para a configuração da causa de aumento, os partícipes. Portanto, se duas ou mais pessoas tomaram parte na prática do delito, antes ou durante a execução, é isso suficiente para aplicar-se a elevação da pena.

19. Autoridade do agente sobre a vítima: as hipóteses enumeradas neste inciso dizem respeito à natural autoridade que muitas dessas pessoas podem possuir sobre a parte ofendida. Pais, padrastos ou madrastras, tios, irmãos (mais velhos, na maioria dos casos), tutores, curadores, preceptores (professores) ou empregadores, em regra, têm maior ascendência sobre ela. Merecem pena mais severa. A Lei 11.106/2005 determinou aumento de metade (anteriormente, cuidava-se de quarta parte) para todas essas situações. Por outro lado, revogando o inciso III, que tratava do agente casado, preferiu-se incluir, neste inciso II, o sujeito ativo casado ou em união estável, aplicando-se a ele igualmente o aumento de metade.

Capítulo V DO LENOCÍNIO¹ E DO TRÁFICO DE PESSOAS

1. Conceito de lenocínio: é a prestação de apoio, assistência e incentivo à vida voluptuosa de outra pessoa, dela tirando proveito. Os agentes do lenocínio são peculiarmente chamados de rufião (ou cafetão) e proxeneta.

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227. Induzir²⁻³ alguém⁴⁻⁵ a satisfazer a lascívia⁶ de outrem:⁷⁻⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 1.º Se a vítima é maior de 14 (quatorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda:⁹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2.º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:¹⁰

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3.º Se o crime é cometido com o fim de lucro,¹¹ aplica-se também multa.

2. Análise do núcleo do tipo: *induzir* é dar a idéia ou inspirar alguém a fazer alguma coisa. No caso presente, guarda relação com a satisfação da lascívia de outrem, que significa saciar o prazer sexual ou a sensualidade de outra pessoa, homem ou mulher, de qualquer maneira.

3. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. É o tipo de crime que exige a participação necessária do sujeito passivo, que, no entanto, não é punido. Lembremos, entretanto, que a sociedade figura como sujeito passivo secundário, em razão do objeto jurídico tutelado (moralidade da vida sexual em geral).

4. Vítima corrompida: há quem sustente ser irrelevante tal fato. Entendemos que o delito nem mesmo deveria subsistir, quanto mais se considerando sujeito passivo a pessoa que já está corrompida pela vida de luxúria que leva, como é o caso da prostituta.

5. Vítima e pessoa que satisfaz a lascívia determinada: é característica fundamental do tipo penal que a pessoa ofendida seja determinada. Se o agente induz várias pessoas, ao mesmo tempo, falando-lhes genericamente a respeito da satisfação da

luxúria alheia, não se pode considerar configurado o crime. Aliás, o mesmo se dá caso o autor do induzimento faça com que a vítima satisfaça a lascívia de várias pessoas. Por falta de adaptação ao art. 227, não há delicto. Não cremos, como alguns sustentam, que, nessa hipótese, estaria configurado o tipo do art. 228. Neste último, fala-se em “prostituição”, e não simplesmente em satisfação da lascívia. Ora, a prostituição pressupõe uma contraprestação, pois não se conhece prostituta que não cobre pelos seus serviços. Entretanto, a conduta de satisfazer a lascívia não exige, no *caput*, o intuito de lucro. Aliás, este é facultativo: se estiver presente, aplica-se ainda o § 3.º.

6. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, com a finalidade específica de satisfação da luxúria ou do prazer sexual de outra pessoa (elemento subjetivo do tipo específico). Não existe a forma culposa.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa induzida. O objeto jurídico é o regramento e a moralidade na vida sexual – típico crime contra os costumes (vide crítica que fazemos na nota 1 a este Título). Trata-se, a nosso ver, de crime que mereceria ser extirpado do Código Penal, pois a liberdade sexual, exercida sem violência ou grave ameaça, não deve ser tutelada pelo Estado. Crendo-se ainda necessária tal figura típica, está-se fechando os olhos para a realidade, pois basta consultar as inúmeras ofertas de sexo feitas pelos mais variados meios de comunicação de massa do País para verificar o excessivo número de pessoas que estão, dia após dia, induzindo outras à satisfação da lascívia alheia e – o que é mais ostensivo – com a nítida finalidade de lucro.

8. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que

exige resultado naturalístico, consistente na efetiva satisfação da lascívia, que não significa atingir o orgasmo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“induzir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

9. Figura qualificada: há duas hipóteses, uma delas múltipla: a) sendo a vítima menor de 18 anos e maior de 14, aplica-se mais severamente a pena. Lembremos que, no caso da vítima menor de 14 anos, induzida à satisfação da lascívia de outrem, por não apresentar consentimento válido, configura-se a situação de violência presumida (§ 2.º deste artigo). Eventualmente, pode concretizar, também, hipótese de estupro ou atentado violento ao pudor, desde que o indutor tenha ciência de que encaminha menor de 14 anos a uma *específica* relação sexual com outra pessoa. Ingressaria no delicto como partícipe; b) quando o agente é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro(a), irmão, tutor ou curador ou pessoa que cuide da educação, tratamento ou guarda da vítima, torna-se mais grave a punição, uma vez que não se admitiria tal postura justamente daqueles que deveriam zelar pela integridade moral da pessoa sob sua proteção.

10. Figura qualificada pelo emprego de violência, grave ameaça ou fraude: trata-se de figura típica razoável, pois ofensiva à liberdade sexual. Não há cabimento em se admitir que alguém induza outrem à satisfação da lascívia alheia, empregando

métodos violentos, ameaçadores ou fraudulentos. Utiliza-se o legislador do sistema da acumulação material, determinando a aplicação concomitante da pena resultante do crime violento (ver a nota 101-A ao art. 69).

11. Finalidade de lucro: não se trata de uma qualificadora, mas apenas do acréscimo da pena pecuniária ao tipo secundário. Não se exige que o agente obtenha lucro, mas apenas que o faça pensando em conseguir vantagem econômica. É figura formal e a doutrina o tem nomeado de *lenocínio questuário* (ambicioso ou interesseiro).

Favorecimento da prostituição

Art. 228. Induzir ou atrair¹²⁻¹³ alguém¹⁴ à prostituição,¹⁵⁻¹⁶ facilitá-la ou impedir que alguém a abandone.¹⁷⁻¹⁸

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1.º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do artigo anterior:¹⁹

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2.º Se o crime é cometido com o emprego de violência, grave ameaça ou fraude:²⁰⁻²¹

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.²²

§ 3.º Se o crime é cometido com o fim de lucro,²³ aplica-se também multa.

12. Análise do núcleo do tipo: há multiplicidade de condutas: a) *induzir*, como vimos, é inspirar ou dar a idéia a alguém para fazer alguma coisa. Além disso, inclui-se neste tipo a conduta de *atrair*, que significa seduzir ou chamar alguém a fazer alguma coisa; b) *facilitar* quer dizer dar acesso mais fácil ou colocar à disposição; c) *impedir* tem o significado de colocar obstá-

culo ou estorvar alguém a *abandonar*, que representa largar ou deixar. Portanto, o tipo misto alternativo é composto das figuras de induzir pessoa à prostituição, atrair pessoa à prostituição, facilitar o ingresso de alguém na prostituição ou impedir pessoa de largar a prostituição. Mais uma vez, somos levados a ressaltar que o tipo é vetusto. Disseminase na sociedade a prostituição, que não é punida em si, mas ainda subsiste o tipo penal que pune o indivíduo que contribui, de alguma forma, à prostituição alheia. Ora, se a pessoa induzida, atraída, facilmente inserida ou impedida (por argumentos e não por violência, ameaça ou fraude, que configuraria o § 2.º) de largar a prostituição é maior de 18 anos, trata-se de figura socialmente irrelevante. Cuidaria melhor o legislador de proteger o menor de idade ou aquele que é vítima de atos violentos, ameaçadores ou fraudulentos, mas não a pessoa adulta que foi convencida a levar vida promíscua. Mais uma vez, ressaltamos, se tal conduta fosse realmente relevante e danosa à sociedade, não se teria a proliferação de anúncios e propagandas de toda ordem nessa área, com o beneplácito das autoridades. Confira-se trecho de acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, cuidando do tema: “Ademais, vejo nisso tudo um exagero descomunal, quando se lê nos jornais de circulação diária as ofertas das chamadas ‘acompanhantes’ e até mesmo ‘garotos de programa’. Nas recheadas páginas jornalísticas deparamo-nos com a descarada mercancia do corpo humano, com a oferta se fazendo com o aceite de pagamento com cheque pré-datado, cartão de crédito e, ironicamente, até em troca de vale-refeição. E tudo isso com endereço e telefone dos prostituídos, sem que o aparelho policial mova um palha sequer para conter tais abusos, ou apologias” (HC 21580-0/217, 1.ª C., rel. Paulo Tales, 04.09.2003, empate na votação, RDPPP 25/04, p. 101).

13. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. Entendemos que, querendo-se aplicar esta figura típica, deve-se afastar a possibilidade de considerar sujeito passivo a pessoa já prostituída, por total atipicidade. Como punir, por exemplo, aquele que induz (dá a idéia) alguém à prostituição se essa pessoa já está prostituída? A “disciplinada vida sexual”, objeto jurídico do tipo penal, já está nitidamente comprometida nessa hipótese, de forma que não se vê razão lógica para a punição do agente. Ingressa, ainda, como sujeito passivo secundário a sociedade, em virtude do bem jurídico tutelado.

14. Vítima determinada: é preciso que a pessoa ofendida seja certa e identificada, não se configurando o tipo penal caso o agente, genericamente, leve pessoas indeterminadas à prostituição.

15. Prostituição: é o comércio *habitual* de atividade sexual. Não se pode considerar uma pessoa prostituta porque uma única vez obteve vantagem econômica em troca de um relacionamento sexual, daí por que o crime deve ser visto como condicionado. Note-se que *induzir, atrair, facilitar e impedir* não são condutas caracterizadas pela habitualidade, mas o termo *prostituição* é. Portanto, para configurar a conduta do agente, depende-se da habitualidade da conduta da vítima. A indução, por exemplo, só é penalmente relevante se a vítima efetivamente passar a se prostituir – comercializar o próprio corpo habitualmente.

16. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, exigindo-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de enfrontar alguém no comércio profissional do amor sexual. Não há a forma culposa.

17. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa levada à pros-

tituição. O objeto jurídico é a moralidade sexual pública.

18. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva prática da prostituição pelo sujeito passivo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo). Há quem sustente que, na forma de *impedir*, o crime é permanente. Não concordamos com tal postura, pois a conduta, nesse caso, deve ser exercida sem violência, grave ameaça ou fraude, que é o tipo previsto no § 2.º. Portanto, a única forma de impedir, nesse caso, é pela força do argumento. O crime está consumado quando o agente convence a pessoa a não abandonar a prostituição, não se podendo presumir ou aceitar que esse convencimento foi – ou é – tão forte que perdura no tempo, a ponto de não mais cessar enquanto a vítima estiver prostituída. É verdade que, havendo o emprego de violência, por exemplo, para que a vítima não largue a prostituição, pode se tratar de delito permanente. A forma do crime permanente é limitada e não extensiva. É crime unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); não admite tentativa nas formas *induzir, atrair* ou *facilitar* por se tratar de crime condicionado (ver nota 15, sobre *prostituição*). Na forma *impedir* poderia configurar, mas, para nós, como já exposto, é figura de configuração impossível. Se prostituição é uma conduta habitual e o sujeito passivo deste crime não pode ser pessoa *já* prostituída, logo, na

forma *impedir* (quando não há violência, ameaça ou fraude), inexistência de viabilidade de consumação. Argumentar de modo contrário seria admitir que a força de um simples “não” pudesse fazer com que uma prostituta – pessoa experiente e calejada – cedesse aos caprichos de outrem, continuando na sua vida sexual *já desregrada*. Cremos ser hipótese inverossímil.

19. Figura qualificada: ver nota 9 ao artigo anterior.

20. Figura qualificada pelo emprego de violência, grave ameaça ou fraude: ver nota 10 ao artigo anterior.

21. Oferecimento de emprego, configurando a fraude: é possível que o agente, através do artifício de oferecer emprego lícito à vítima, leve-a para alguma outra cidade, quando, então, exerce a violência, voltada a mantê-la na prática do meretrício (TJPR, Ap. 53.009-0, Clevelândia, 2.^a C., rel. Trotta Telles, 13.03.1997, v. u., RT 743/684).

22. Tipo cumulativo: ainda que configurado nessa modalidade, pode-se punir o agente pela violência praticada contra a vítima, em concurso.

23. Finalidade de lucro: ver nota 11 ao artigo anterior.

Casa de prostituição

Art. 229. Manter,²⁴⁻²⁷ por conta própria ou de terceiro,²⁸⁻²⁹ casa de prostituição³⁰ ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso,³¹ haja, ou não, intuito de lucro³² ou mediação³³ direta do proprietário ou gerente:³⁴⁻³⁷

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

24. Análise do núcleo do tipo: *manter* quer dizer sustentar, fazer permanecer ou

conservar, o que fornece a nítida visão de algo habitual ou freqüente. O objeto da conservação é a casa de prostituição ou lugar assemelhado.

25. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É o chamado *proxeneta* – aquele que pratica o lenocínio, mantendo locais destinados a encontros libidinosos, ou serve de mediador para a satisfação do prazer sexual alheio. O sujeito passivo é a coletividade, tendo em vista afetar a moralidade sexual e os bons costumes. Há quem inclua, como sujeito passivo, a pessoa que exerce a prostituição ou se entrega à satisfação da lascívia alheia, com o que não podemos concordar. A pessoa que se prostitui não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado ilícito penal, além do que ela também está ferindo os bons costumes, ao ter vida sexualmente desregrada, de modo que não pode ser vítima de sua própria liberdade de ação.

26. Diferença entre proxeneta e rufião: reserva-se o termo *proxeneta* à pessoa que intermedeia encontros amorosos para terceiros, mantendo locais próprios para tanto, auferindo ou não lucro; para o *rufião* (ou *cafetão*) guarda-se o conceito de pessoa que vive da prostituição alheia, fazendo-se sustentar pela(o) prostituta(o), com ou sem o emprego de violência.

27. Sindicância prévia para comprovar a habitualidade: não se exige. É inadequado falar em sindicância para provar a habitualidade, que se demonstra através da investigação oficial do Estado, ou seja, por intermédio do inquérito policial. Aliás, parece-nos ilógico instaurar uma “sindicância” (que, no fundo, é uma investigação ou um inquérito) para se provar o estado de flagrância (impossível, segundo veremos, de se configurar no delito habitual). Quem

precisa de sindicância para provar o flagrante, com certeza, não tem um flagrante. Em posição intermediária, mencionando ser dispensável a sindicância prévia, mas admitindo a prova da habitualidade no próprio flagrante: STJ: RHC 5943-SP, 5.^a T., rel. José Dantas, 12.11.1996, v. u., DJ 16.12.1996, p. 50.895. Destacamos: como provar a habitualidade, que é inerente ao tipo penal, no auto de prisão em flagrante? Faz-se a prisão antes e comprova-se se é fato típico depois? Cremos ser conduta indevida, pois, se não ficar demonstrada a habitualidade no auto respectivo, o Estado terá praticado uma arbitrariedade; logo, não há de ser autorizada a prisão “para averiguar a tipicidade”.

28. Por conta própria ou de terceiro: a manutenção da casa de prostituição ou do lugar destinado a encontros libidinosos pode ser feita diretamente pelo agente, que paga o aluguel e as contas, por exemplo, ou por terceira pessoa, isto é, outrem paga as contas e mantém a casa, enquanto o uso é feito pelo agente. Se o terceiro desconhece a finalidade do uso, não se torna partícipe; do contrário, ingressa na figura típica pelo concurso de agentes.

29. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acrescido do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de satisfazer o prazer sexual alheio através da *manutenção* de um lugar. É o que Santoro denomina do *habitus*, elemento psicológico indispensável para a caracterização do delito habitual (*Manuale di diritto penale*, v. 1, p. 317). Não existe a forma culposa.

30. Casa de prostituição: é o lugar destinado à manutenção de relacionamento sexual habitual mediante remuneração.

31. Lugar destinado a encontros para fim libidinoso: é o local mantido pelo agente

para, regularmente, sediar encontros com a finalidade de satisfazer o prazer sexual.

32. Intuito de lucro: é dispensável. Havendo ou não, configura-se o delito, visto que os “bons costumes” teriam sido, de qualquer modo, ofendidos.

33. Mediação direta: é apenas um alerta feito pelo tipo penal para demonstrar que o proprietário da casa pode entregar a administração do local a terceira pessoa e, ainda assim, estará incurso no tipo penal do art. 229. O mesmo se diga do gerente, que responde pelo crime, mesmo que administre o negócio ou o local à distância.

34. Objetos material e jurídico: o objeto jurídico é formado pela moralidade sexual e os bons costumes. O objeto material é a casa de prostituição ou o lugar destinado aos encontros libidinosos. Quanto à persistência desse tipo penal, cremos dispensável (ver comentários ao título, tratando dos “bons costumes”). É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante, além de existirem vários locais apropriados para o seu desenvolvimento. Com o nome de motel, casa de massagem, bar ou café para encontros, sauna mista, dentre outros, criaram-se subterfúgios variados para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os tribunais pátrios não vêm condenando os proprietários desses estabelecimentos sob o pretexto de que não são lugares destinados, *exclusivamente*, à prostituição, vale dizer, não são *casas de prostituição*, mas motéis, bares, saunas ou casas de massagem que podem abrigar condutas configuradoras da prostituição. Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado – ou eleito como tal – à

coletividade através de sanções penais. Os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais se valendo do direito penal, que há muito tempo se mostra ineficaz para combater esse comportamento. Por outro lado, já que a prostituição não é, penalmente, proibida, não há razão para o tipo penal do art. 229 subsistir. Se, porventura, o local destinado a encontros libidinosos provocar desrespeito a direito alheio – algazarra com perturbação do sossego, congestionamento no trânsito, exposição ofensiva ao pudor etc. –, merece ser sanada a questão por outros mecanismos, abolindo-se a *polícia de costumes*, especialmente no atual estágio de liberdade atingido pela sociedade. Nesse prisma, confira-se absolvição imposta pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Quando há prostituição às claras, diante dos olhos dos órgãos repressores do Estado, sem o envolvimento de menores de idade, ainda que contrariando a opinião pública, não se justifica a aplicação da lei penal. Portanto, afastada a culpabilidade dos agentes imputados delituosos, a absolvição é corolário lógico. (...) Com efeito, é inconcebível que ainda se processe alguém por manter casa de prostituição, fato corriqueiro e amplamente tolerado. E, diga-se, a existência dessas casas é do interesse da própria comunidade, por lição há muito apreendida. Isto porque, não sendo possível erradicar a prostituição, a sua prática em espaços privados é menos nociva do que em espaços públicos – o famoso *trottoir*. Dos males, o menor” (Ap. 70006417943, 6.^a C., rel. João Batista Marques Tovo, 27.10.2005, v. u.).

35. Casas de massagem, motéis, hotéis de alta rotatividade, saunas, bares ou cafés, drive in, boates, casas de relaxamento (relax for men): não configu-

ram o tipo penal, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias. A explicação, como abordado no item anterior, é simples: não são lugares específicos para a prostituição, nem para encontros libidinosos, pois têm outra finalidade, como a hospedagem, o serviço de massagem ou relaxamento, a sauna, o serviço de bar etc. Sabe-se perfeitamente que, em muitos desses locais, trata-se de autêntica *casa de prostituição* disfarçada com um nome mais moderno e adaptado à realidade, embora quem esteja antiquado e decadente seja o tipo penal. Por isso, não se aperfeiçoando na sua redação, terminou morrendo na sua efetiva aplicação. Justamente para não incidir no mesmo erro, isto é, construir um tipo que, aplicado com rigor, absorveria inúmeros estabelecimentos comerciais (como os motéis), a Lei da Prostituição na Itália (Lei de 20 de fevereiro de 1958, que substituiu os arts. 531 a 536 do Código Penal) prevê ser crime, punido com pena de reclusão de dois a seis anos, além de multa, a conduta de quem, sendo proprietário de local de acesso público, tolera *habitualmente* a presença de uma ou mais pessoas que se entregam à prostituição (art. 3.3).

36. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva degradação da moral sexual); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“manter” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.^o, do Código Penal); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta). É delito habitual e não comporta tentativa (ver tópico destacado abaixo).

37. Conflito entre habitualidade e permanência e inviabilidade da prisão em flagrante: o crime habitual é aquele que somente é punido em face do estilo de vida ou do comportamento reiterado do agente, compondo um quadro pernicioso à vida social. Assim, não é típica a conduta de quem, vez ou outra, mantém lugar destinado a encontros libidinosos, mas sim o comportamento reiterado nessa prática. A infração penal habitual deve ser analisada como um todo, e não com o mesmo tratamento que parte da doutrina lhe pretende dar, ou seja, cremos ser incabível classificar essa modalidade tão específica de crime como permanente, aquele cuja consumação se arrasta no tempo, permitindo consequências sensíveis tal como a possibilidade de prisão em flagrante a qualquer tempo. Em primeiro lugar, não admite tentativa o delito habitual, pois é impossível fracionar o *iter criminis*, vale dizer, é inaceitável considerar um fato isolado – que o legislador tratou como atípico – como fase de execução de um todo ainda não verificável. Quando, pela reiteração de condutas, houver a comprovação da *manutenção* de casa de prostituição ou local assemelhado, pune-se o agente, estando consumada a infração penal. Enquanto pairar dúvida a respeito dessa *manutenção*, não se trata de fato típico. Não se preocupa a lei em punir uma conduta isolada, mas um *estilo* ou um *hábito* de vida. Não vemos como retirar do crime habitual um *iter criminis* individualizado e específico que possa demonstrar a exata passagem da preparação (não punível) para a execução (punível). Por outro lado, há os que sustentam que, apesar de habitual, é delito permanente. Ousamos divergir, pois, uma vez configurada a habitualidade, está consumado o crime, sem que o resultado se arraste no tempo. A ofensa à moralidade sexual e aos bons costumes se dá diante da habitualidade do agente, que,

repita-se, precisa ser vista em conjunto, e não isoladamente. O crime habitual é um todo, e não parcelas detectáveis e passíveis de isolamento e individualização. Quem *mantém* casa de prostituição – o próprio termo *prostituição*, como já vimos, implica em habitualidade – tem um comportamento inaceitável, pouco interessando a continuidade desse malfadado estilo após ter-se evidenciado a referida habitualidade. Comprova-se, por exemplo, que A possui um local destinado, habitualmente, a encontros libidinosos: sua maneira de conduzir a vida está errada e ele merece punição. Comprovado tal fato, ofendeu os bons costumes, não tendo qualquer repercussão a continuidade disso, pois o estilo de vida é *exatamente o mesmo*. Diversa é a situação do sujeito que seqüestra a vítima. A privação da liberdade – como conduta isolada no tempo – é suficiente para merecer reprovação do Estado e sanção penal. Portanto, continuando a privar a vítima de sua liberdade, continua a infringir a norma penal. É o delito permanente. Não é o caso do habitual. Neste, o estilo de levar a vida é o que importa, e ele é único – um todo inseparável. Naquele, uma conduta é proibida e, caso se arraste no tempo, continua a sê-lo. Entendimentos contrários – no sentido de ser permanente – podem dar margem a injustiças e até à manipulação da lei penal para interesses escusos dos agentes do Estado. Imagine-se uma casa de prostituição conhecida da polícia e da comunidade, em atividade há dez anos no mesmo local. Quando se tornou habitual a conduta e, portanto, passível de punição? Somente para argumentar, admitamos que foi ao término do primeiro ano de atividade. Se assim foi, deveria ter o Estado, através de seus agentes, proibido o seu funcionamento desde aquela época. E, caso alterada uma autoridade qualquer na cidade, resolva o Estado agir – uma década depois –, teria

cabimento efetuar uma prisão em flagrante? Se fosse crime permanente, que leva em conta isoladamente o ato proibido, sim, pois ele ainda estaria sendo praticado. Em se tratando de crime habitual, não, pois o estilo de vida é único. Imagine-se, ainda, somente para argumentar, que a polícia efetuasse a prisão em flagrante do proprietário da casa de prostituição dez anos depois, pois considerou crime permanente. Poderia prender uma pessoa que iniciou há alguns dias a atividade, recebendo-a de outra. Logicamente, tal situação poderia ser verificada e a situação sanada, mas o mal da prisão injusta já se teria consumado. Isto porque não há certeza de quando se consuma e quem efetivamente é o autor desse tipo de infração. Existiria plausibilidade para o Estado calar-se por anos a fio e, subitamente, porque uma determinada autoridade não mais admite a sua existência, invocando a tese do *crime permanente*, lavrar uma prisão em flagrante? Cremos que não. Imagine-se outra hipótese: alguém, com habitualidade, mantém casa de prostituição por vários anos até que é preso em flagrante sob a justificativa de ser crime permanente (seu estilo de vida prolongou-se no tempo, ferindo continuamente os bons costumes). Colocado em liberdade provisória no dia seguinte à prisão, volta ao negócio e o pratica por mais uma semana. Há novo crime ou continua-se do ponto de partida anterior? Ou seja, deve ele ser preso mais uma vez pela prática de um crime habitual, levando-se em conta os vários anos anteriores à prisão acrescidos de mais uma semana para demonstrar o seu estilo permanente de vida, ou, tendo cessado a permanência por conta da prisão efetuada, a nova semana não configura a prática de um crime, pois insuficiente para demonstrar a habitualidade? Entendemos que, em se tratando de crime habitual, interessa ao Estado punir o todo de sua vida,

e não ato após ato. É natural que, na hipótese supra, o sujeito não deveria nem ter sido preso em flagrante. Se foi, não pode a nova semana ser computada como continuação dos atos que a antecederam, pois a “permanência teria cessado”. A nova semana é situação atípica. Note-se o conceito de Hungria a respeito do tipo penal: “Não só o *pensionato* de meretrizes, o conventilhão, o bordel, o prostíbulo, o lupanar, o alcoice, a casa de *rendez-vous* ou de *passe*, o *hotel* de cômodos à hora, senão também todo e qualquer local destinado a encontros lascivos, sejam ou não com *prostitutas* propriamente tais” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 290). Se assim fosse o entendimento jurisprudencial, haveria propagação da possibilidade de corrupção policial, exigindo-se de muitos comerciantes o pagamento de propina para não haver prisão em flagrante – adotada a permanência do crime habitual –, esquecendo-se que o Estado quer punir um estilo de vida, e não dar margem a um jogo de interesses. Entendendo-se haver em funcionamento uma casa de prostituição, instaura-se o inquérito, investiga-se e, provada a habitualidade, pode-se punir, aplicando a sanção, através do exercício da ação penal, sem necessidade alguma da violência da prisão em flagrante, duvidosa, sempre, e maliciosa, muitas outras vezes. Não destoa desse pensamento Frederico Marques, para quem o delito permanente comporta prisão em flagrante a qualquer tempo, tendo em vista que “existe sempre uma atualidade delituosa”, vale dizer, uma conduta é crime, enquanto a reiteração dela também o é. Mas o crime habitual, isolando-se uma ação no tempo, não faz nascer para o Estado o direito de punir, visto que somente a prova segura e efetiva do conjunto é que poderá configurar o tipo penal. E arremata: “Evidente se nos afigura, portanto, que não pode considerar-se em flagrante delito quem é

surpreendido na prática de ação isolada de crime habitual, visto que se não pode dizer que, em tal situação, esteja ele cometendo a infração penal” (*Elementos de direito processual penal*, v. 4, p. 89). Assim, também, Tourinho Filho: “Quando a Polícia efetua a prisão em flagrante, na hipótese de crime habitual, está surpreendendo o agente na prática de um só ato. O auto de prisão vai apenas e tão-somente retratar aquele ato isolado. Não os demais. Ora, aquele ato isolado constitui um indiferente legal. O conjunto, a integralidade, não. Se a corrente é formada de dezenas de elos, não se pode dizer que um elo seja uma corrente. Assim, também, no crime habitual. O tipo integra-se com a prática de várias ações. Surpreendido alguém cometendo apenas uma das ações, evidente que o auto da prisão não vai retratar o tipo... e sim uma das ações que o integram” (*Processo penal*, v. 3, p. 438). Ensina Santoro ser indispensável haver, para configurar o crime habitual, várias condutas vinculadas psicologicamente formando um todo que ofende uma única vez um único dispositivo penal, havendo o elemento psicológico constituído do *habitus* (*Manuale di diritto penale*, I, p. 316). Demonstrando a incompatibilidade do crime permanente com o habitual, preleciona Alfonso Arroyo de Las Heras ser permanente o delito que, como os instantâneos, consuma-se *com uma só ação*, embora a situação antijurídica se prolongue no tempo voluntariamente pelo agente, ao passo que o crime habitual é aquele que *necessita de vários atos análogos* que, isoladamente considerados, são impuníveis, mas, constituindo-se em hábito do agente, devem ser sancionados *como delito único* (*Manual de derecho penal – El delito*, p. 268). E conclui, em obra singular, Giovanni Leonne ser o crime permanente composto por duas fases, uma comissiva e outra omissiva, podendo até ter, em sua es-

trutura, alguns elementos de contato e semelhança com o crime permanente, o que se dá somente na primeira fase, mas jamais na segunda. Isto significa que o delito permanente realiza-se, em regra, em uma fase comissiva (ex.: seqüestrar pessoa, privando-a da sua liberdade) e outra omissiva (deixar de soltá-la). O crime habitual, por sua vez, jamais é omissivo, possuindo sempre ações freqüentes que o caracterizam. De outra sorte, o crime permanente é de execução contínua (ex.: a privação da liberdade da vítima do seqüestro continua, sem cessar), enquanto o habitual é constituído de ações isoladas no tempo e no espaço, embora, no global, sejam consideradas um todo (ex.: receber dinheiro de prostituta como forma de sustento: cada conduta de entrega do dinheiro é um ato isolado, mas feito de maneira contínua). Por isso, são diferentes e não se encaixam na mesma classificação o delito habitual e o crime permanente, nem tampouco se deve levar em conta o delito habitual com o crime instantâneo (*Del reato abituale, continuato e permanente*, p. 469-471). Com isso concordamos plenamente, pois o delito permanente tem um ato isolado criminoso, que se pode prolongar no tempo. O delito habitual tem um conjunto de atos que, isoladamente, não são criminosos, de forma que não se arrastam no tempo. Pune-se o conjunto, e não a unidade. Não existe, pois, permanência no crime habitual. Na jurisprudência, torna-se importante o registro da seguinte posição do Tribunal de Justiça de Goiás, que concedeu o *habeas corpus* para pessoa presa em flagrante pelo delito do art. 229: HC 21580-0/217, 1.^a C., rel. Paulo Tales, 04.09.2003, empate, RDPPP 25/04, p. 101. Apesar do nosso entendimento, reconhecemos que a posição atualmente majoritária, no Brasil, aceita a possibilidade de ser considerado permanente o delito habitual: exemplifique-se com No-

ronha (*Direito penal*, v. 3, p. 259) e Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 441). E ainda: STF: “Casa de prostituição. (...) Havendo elementos no inquérito, que autorizam a denúncia; em se tratando de crime permanente, que exige prova da habitualidade, a ser completada no curso da instrução; e não contendo licença para funcionamento de estabelecimento comercial, autorização aliás inadmissível, para nele se instalar casa de prostituição, não é caso de trancamento da ação penal, adequadamente proposta” (RHC 65.391-SP, 1.^a T., rel. Sydney Sanches, 16.10.1987, v. u., *DJ* 06.11.1987, p. 24.440). Façamos uma ressalva: como pode a habitualidade ser comprovada ao longo da instrução – como mencionou o acórdão – autorizando-se, no entanto, a prisão em flagrante? Se nem o fato típico é certo, com maior razão dever-se-ia inadmitir o flagrante... Embora antigos, permitimo-nos mencionar, ainda, outros dois julgados do STF, admitindo a prisão em flagrante no crime habitual – diante do caráter de permanência –, porque relatados por Nelson Hungria: RHC 38.220, Pleno, 11.01.1961, *DJ* 24.07.1961, p. 223; HC 36.723, Pleno, 27.05.1959, *DJ* 05.09.1960, p. 975. Aliás, a prova maior de que o crime previsto no art. 229 é relegado a segundo plano pelos órgãos estatais é, justamente, a carência de acórdãos atuais, cuidando do tema. Há, ainda, quem sustente, minoritariamente, a possibilidade de se deixar de lado a própria habitualidade: é o caso de Damásio, para quem a prática de um único ato sexual, uma vez instalada a casa, já é suficiente para configurar o crime (*Código Penal anotado*, p. 719-720). Se assim fosse, não se poderia sustentar a impossibilidade de tentativa, como o faz o ilustre penalista (ob. cit., p. 720). Sendo a habitualidade dispensável, o simples fato de o sujeito montar uma casa com a finalidade de proporcionar lugar para encontros

libidinosos já seria suficiente para configurar a tentativa do crime previsto no art. 229. Entretanto, tal hipótese, para nós, como já frisamos, é inviável, pois a tentativa é impossível em crime nitidamente habitual.

Rufianismo³⁸⁻³⁹

Art. 230. Tirar proveito⁴⁰⁻⁴² da prostituição alheia,⁴³ participando⁴⁴ diretamente de seus lucros⁴⁵ ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:⁴⁶⁻⁴⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1.º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do art. 227:⁴⁹

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa.

§ 2.º Se há emprego de violência ou grave ameaça:⁵⁰

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência.

38. Conceito de rufianismo: é uma modalidade do lenocínio, que consiste em viver à custa da prostituição alheia. É a atividade exercida por aquele que explora prostitutas e, conseqüentemente, incentiva o comércio sexual. O termo equivalente é o cafetão ou cáften.

39. Diferença entre rufião e proxeneta: ver nota 26 ao art. 229.

40. Análise do núcleo do tipo: *tirar proveito* significa extrair lucro, vantagem ou interesse. O objeto é o comércio habitual do prazer sexual promovido por alguém. As formas compostas do núcleo principal (*tirar proveito*) são *participando dos lucros* (reservando, para si, uma parte do ganho que a prostituta obtém com sua atividade) e *fazendo-se sustentar* (arranjando para ser mantido, provido de víveres ou amparado). Não se demanda

seja essa a única fonte de renda do sujeito ativo, mas uma delas.

41. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É o conhecido rufião ou cafetão. O sujeito passivo é a pessoa que exerce a prostituição. Secundariamente, é a coletividade, pois o delito é contra os bons costumes.

42. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se o elemento subjetivo do tipo específico, consistente no *habitus*, que é a vontade de praticar a conduta com habitualidade, como estilo de vida.

43. Prostituição alheia: a prostituição, como já vimos, é o comércio habitual do amor sexual. Nota-se que o tipo penal ressaltou ser tal atividade de outra pessoa, que não do próprio agente, visto que a prostituição, em si, no Brasil, não é considerada ilícito penal.

44. Crime habitual: *tirar proveito participando dos lucros* ou *tirar proveito fazendo-se sustentar* são condutas nitidamente habituais, que implicam em um conjunto. Isoladamente, o fato de a pessoa tirar proveito dos lucros da prostituta uma única vez é atípico, penalmente irrelevante. Globalmente, entretanto, fazendo disso seu método de vida, torna-se punível para o direito penal. Ver outros comentários sobre o caráter do crime habitual, impossibilidade de haver tentativa ou prisão em flagrante na nota 37 feita ao art. 229.

45. Lucro direto: exige-se seja o ganho obtido, neste caso, diretamente auferido da prostituição, e não do comércio paralelo de outros produtos, como bebidas, alojamentos, alimentos, entre outros. Nesse sentido: TJSP: “A falta de participação direta nos lucros de prostituta, conseqüentemente,

o recebimento de aluguel e lucro de bebidas não integra o crime, porque não pode ser tido como participação direta” (Ap. 450.799-3/3, 6.ª C. Férias Julho 2004, rel. Debatin Cardoso, 23.09.2004, v. u., *JUBI* 105/05).

46. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa prostituída explorada. O objeto jurídico é a moralidade sexual e os bons costumes. Note-se que a prostituição em si não é moralmente elevada, nem eticamente suportável, dentro dos bons costumes, embora não seja penalmente punível. Entretanto, quem explora a prostituição pratica ato atentatório aos padrões médios de moralidade e, conforme a situação, penalmente relevante.

47. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo proveito auferido pelo agente em detrimento da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“tirar proveito” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); habitual (modalidade específica de crime, cuja relevância penal somente se encontra analisando-se o conjunto dos atos do agente. Não se focaliza uma ação isolada, pois a consumação é um todo indefinido, que precisa ser provado no curso da investigação ou do processo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta, embora, por ser habitual, tais atos devam ser vistos no conjunto); não admite tentativa.

48. Confronto com favorecimento à prostituição: o rufianismo, por haver nítido intuito de lucro e de ser mantido graças à

prostituição alheia, absorve o favorecimento (art. 228). Assim: STJ: “Menor, trabalhando para o paciente, com a função de fazer programas com homens e mulheres, com ele dividia o dinheiro auferido, sendo, então, patente a sua condição de sócio oculto do incapaz que, na dicção de Nelson Hungria, funcionava como sócio de indústria. Nestas circunstâncias, não obstante o angariamento de clientes a indicar, *in thesi*, o favorecimento à prostituição, este delito foi absorvido pelo de rufianismo, pela preponderância do indevido proveito, consubstanciado na participação nos lucros. Em suma, o menor exercia a prostituição e o paciente dela tirava proveito direto, numa espécie de sociedade. Ordem concedida para excluir da condenação a pena relativa ao crime do art. 228 do Código Penal” (HC 8.914-MG, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 16.11.1999, v. u., DJ 17.12.1999, p. 400).

49. Figura qualificada: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda”, aumentam-se as penas mínima (de 1 para 3 anos) e máxima (de 4 para 6 anos), em abstrato.

50. Figura qualificada: aumentam-se as penas mínima (de 1 para 2 anos) e máxima (de 4 para 8 anos) caso haja emprego de violência (coação física) ou grave ameaça (intimidação séria e idônea). Não se deixa de aplicar a pena correspondente à lesão causada pelo emprego da violência, como determina o preceito secundário. É o sistema da acumulação material (ver a nota 101-A ao art. 69). Se houver lesão grave ou morte, aplica-se o disposto no art. 223. Quanto à violência, pode-se presumi-la, de acordo com o art. 224. São autorizações feitas pelo art. 232.

Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar⁵¹⁻⁵³ a entrada, no território nacional,⁵⁴ de pessoa que venha exercer a prostituição⁵⁵ ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro.⁵⁶⁻⁵⁷

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.^{57-A}

§ 1.º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1.º do art. 227.⁵⁸

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2.º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.⁵⁹

§ 3.º (Revogado pela Lei 11.106/2005.)⁶⁰

51. Análise do núcleo do tipo: *promover* significa ser a causa geradora de algo, *intermediar* quer dizer servir de ponte ou estar no meio de pessoas, aproximando-as, e *facilitar*, tornar acessível, sem grande esforço. Os objetos podem ser a entrada ou a saída de pessoa do território nacional com vistas ao exercício da prostituição.

52. Sujeito ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. No tocante ao sujeito passivo, exige-se que ele efetivamente se prostitua. Admite-se, ainda, secundariamente, a coletividade, pois é crime contra os costumes.

53. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Cremos existir o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de promover a prostituição da pessoa que fez ingressar ou sair do País. A não adoção do elemento específico poderia resultar em injustiças. Imagine-se o sujeito que traz uma mulher para empregar-se como garçonne, embora ela venha a prostituir-se. Ainda que tenha promovido a entrada de pessoa no território nacional, que, efetivamente,

tornou-se prostituta, não era essa a intenção específica do sujeito. Não existe a forma culposa.

54. Entrada no território nacional: pode ser de forma regular (com visto e ciência da autoridade brasileira acerca do ingresso) ou irregular (sem visto e sem ciência da autoridade brasileira quanto ao ingresso) a entrada de pessoa brasileira que se encontra no exterior ou de estrangeira.

55. Exercer a prostituição: o conceito de prostituição já implica no exercício habitual do comércio da atividade sexual. É mais uma modalidade de crime cujo verbo principal exige um complemento habitual. Para consumir-se, portanto, é indispensável uma verificação minuciosa do ocorrido após a entrada da pessoa no território nacional ou depois que ela saiu, indo para o estrangeiro. Afinal, ainda que a pessoa ingresse no Brasil *para* exercer a prostituição, mas não o faça, inexistente crime. Não é delito formal, mas material, demandando o efetivo exercício da prostituição. Discordamos daqueles que sustentam estar consumado o crime quando a pessoa ingressa ou sai do território nacional, pois o tipo é claro: “de pessoa que nele *venha exercer a prostituição*” ou “pessoa que *vá exercê-la* no estrangeiro”. A questão é a mesma que levantamos nas notas ao art. 228 (induzir pessoa a prostituir-se e condutas análogas). Ora, ou a pessoa se prostitui (pratica o comércio habitual do sexo) ou não há crime. Seria ilógico o agente dar a idéia a alguém para viver da prostituição, sendo por isto punido, ainda que a pessoa não concretize tal sugestão. O mesmo se dá no caso presente. O agente que promove o ingresso de uma pessoa no território nacional crendo que ela vá prostituir-se não pode ser punido imediatamente. Afinal, ela pode mudar de idéia e levar vida diversa, sexualmente regada. Crime contra os

costumes não houve. Aliás, há contradição nos argumentos de alguns doutrinadores que não exigem finalidade especial para o cometimento do crime (bastando o dolo genérico), mas crêem se tratar de delito formal (fazer ingressar a pessoa “com o fim de exercer a prostituição”). Ora, se o delito está consumado com o simples ingresso, então, no mínimo, dever-se-ia sustentar a existência do elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico). Para nós, como exposto, existe a vontade específica e, ainda assim, pela disposição do tipo penal, é crime material.

56. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa prostituída ou a se prostituir. Os objetos jurídicos são a moralidade sexual e os bons costumes. Pode ser, ainda, a proteção à liberdade sexual (§ 2.º).

57. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo exercício da prostituição); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“promover”, “intermediar” e “facilitar” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), embora dependa de minuciosa verificação, pois o complemento é de natureza habitual; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta). Não vemos possibilidade de admitir tentativa, pois é um crime condicionado: o ingresso ou a saída já foram realizados, ficando na pendência da consumação o exercício da prostituição. Havendo, consuma-se. Ine-

xistindo, não é fato relevante no contexto do tráfico de pessoas, podendo constituir outro tipo de delito.

57-A. Sanção pecuniária: há, nos preceitos secundários, juntamente com a pena privativa de liberdade, a multa, independentemente de a finalidade do agente ser a obtenção de lucro.

58. Figura qualificada: a faixa de aplicação da pena é elevada para reclusão, de quatro a dez anos, e multa, quando a vítima for pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, ou se o agente for seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para a finalidade de educação, tratamento ou guarda.

59. Figura qualificada: há uma segunda qualificadora para o delito, que serve para elevar a faixa de aplicação da pena para reclusão, de 5 a 12 anos, e multa, se houver emprego de violência, grave ameaça ou fraude, além da pena correspondente à violência. Lembremos, pois, que, configurando-se as duas qualificadoras (§§ 1.º e 2.º, como, por exemplo, a prática do crime pelo ascendente, com emprego de violência), prevalece a qualificadora mais grave (§ 2.º), valendo a outra condição (ser pai ou mãe) como circunstância agravante (art. 61, II, *e*, CP). Havendo lesão, decorrente da violência empregada, adotou a lei o sistema da acumulação material, isto é, aplica-se também a pena resultante disso (ver a nota 101-A ao art. 69). Caso ocorra morte ou lesão grave, torna-se cabível a aplicação do disposto no art. 223. Quanto à violência, pode-se presumi-la, nos termos do art. 224. São autorizações conferidas pelo art. 232.

60. Finalidade de lucro: tornou-se, após a edição da Lei 11.106/2005, dispensável em qualquer situação.

Tráfico interno de pessoas

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição.⁶¹⁻⁶⁷

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 231 deste Decreto-lei.

61. Análise do núcleo do tipo: *promover* significa ser a causa geradora de algo, *intermediar* quer dizer servir de ponte ou estar no meio de pessoas, aproximando-as, e *facilitar*, tornar acessível, sem grande esforço. Os objetos podem ser o recrutamento (atividade de angariar adeptos), o transporte (levar de um lugar a outro), a transferência (deslocamento de um posto a outro, sem necessidade de alteração física), o alojamento (recolher em hospedagem) ou o acolhimento (receber em qualquer lugar, dando abrigo) de pessoa prostituída ou a prostituir-se. O novo tipo penal, introduzido pela Lei 11.106/2005, destina-se a coibir o tráfico de pessoas, dentro do território nacional, com finalidade de exercício da prostituição. É sabido que, atualmente, o *turismo sexual* (busca de lugares turísticos com a meta de conseguir relacionamento sexual remunerado) tem sido preocupação de muitas autoridades, em especial quando envolve adolescentes e até mesmo crianças, motivo pelo qual se toma medida mais severa para impedir a facilitação da prostituição, inclusive de adultos, levando e trazendo pessoas e proporcionando, para tanto, hospedagem e abrigo.

62. Sujeitos ativo e passivo: podem ser qualquer pessoa. No tocante ao sujeito passivo, exige-se que efetivamente se pros-

titua. Admite-se, ainda, secundariamente, a coletividade, pois é crime contra os costumes.

63. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Existe, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de promover, de algum modo, a prostituição alheia. Portanto, se alguém dá abrigo a uma pessoa, sem saber que se trata de indivíduo com o objetivo de se prostituir, não pode responder pelo delito. Não existe a forma culposa.

64. Exercício da prostituição: ver a nota 55 ao art. 231.

65. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa prostituída ou que venha a se prostituir. O objeto jurídico é a moralidade sexual e os bons costumes.

66. Classificação: cuida-se de crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa, sem qualidade especial); material (delito que demanda a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva atividade de prostituição); de forma livre (pode ser concretizado por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“promover”, “intermediar” e “facilitar” implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (aplicação do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cujo resultado se dá em momento determinado no tempo), embora com a cautela de se verificar o complemento, que é de natureza habitual (prostituição); unissubjetivo (pode ser cometido por uma única pessoa); plurissubsistente (delito dependente de vários atos). Não se admite tentativa, pois é um crime condicionado: ou ocorre a prostituição e o delito se consuma, ou é irrelevante penalmente.

67. Figuras qualificadas: checar as notas 58 e 59 ao art. 231.

Art. 232. Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224.⁶⁸

68. Aplicação do art. 232: ver notas aos arts. 223 e 224.

Capítulo VI

DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR¹

1. Conceito de ultraje público ao pudor: *ultrajar* significa ofender a dignidade, insultar ou afrontar; *pudor* é o sentimento de vergonha ou de desonra humilhante. Portanto, o capítulo destina-se aos delitos voltados à afronta pública (exposta à coletividade) do sentimento de recato e decência nutrido pela sociedade. Trata-se de outro contexto – como o dos delitos contra os costumes – profundamente alterado da data da criação do Código (1940) até o presente. Creemos devessem esses tipos penais (arts. 233 e 234) ser excluídos do Código Penal, reservando-se, se for o caso, para outros ramos do direito a punição merecida a quem pudesse ofender o pudor público. Não é mais época de tutela penal absoluta dos costumes e este capítulo não foge à regra, mormente quando a sexualidade tornou-se mais explorada, inclusive comercial e artisticamente, bem como o sentimento de vergonha modificou-se estruturalmente. Ao homem médio já não choca, como no passado, a mesma exposição de *obscenidades* que anteriormente era motivo para punições exemplares. Suprimindo-se essas figuras penais, acaba-se com a hipocrisia, por vezes reinante, em alguns setores da coletividade, que demandam um comportamento público que não possuem na sua vida privada. Fingem chocar-se com determinados atos, denominados *obscenos*, quando estão acostumados a vê-los, incentivá-los ou até praticá-los em locais e recintos privados.

Poder-se-ia dizer que essa não é a média da sociedade, vale dizer, nem todos compactuam, em suas esferas privadas, de atos tidos por obscenos, embora não seja menos real afirmar que toleram, com mais amplitude, atos alheios. Isso não significa que se deseje uma sociedade libertina ou despudorada, mas que o controle dos costumes deve ser restrito e condicionado. Imagine-se que alguém tire a roupa na praia e outra o faça em pleno centro da cidade, ambas à vista de todos os presentes. É bem possível que, na praia, não haja o mesmo choque – em face do aumento do nudismo como prática naturalista – que ocorreria na zona central, onde todos estão vestidos e muito preocupados com a imagem. Ocorre que, ainda que se tire a roupa no centro da cidade, é possível que os passantes não liguem, deixando de se sentir ofendidos pela conduta; ao contrário, pode a pessoa que assim agiu ser objeto de piedade ou compaixão, pela atitude disparatada que protagonizou. E, dependendo do exato local, pode ser aplaudida e incentivada, diante da sua ousadia contestatória ou seu propósito propagandista. Portanto, condutas como essas – ainda consideradas pelo tipo penal como obscenas – poderiam ser objeto de punição administrativa, com pesadas multas, se fosse o caso, da mesma forma que são aplicadas para quem não respeita regras de trânsito. E, insistindo-se na manutenção do crime, ao menos dever-se-ia considerá-lo sujeito à representação, portanto de ação pública condicionada. Se, porventura, alguém se sentisse ofendido pelo ato tido por obsceno, apresentaria representação, autorizando o Ministério Público a agir. O Promotor, por sua vez, analisaria o contexto dos fatos e os usos e costumes da época para chegar à conclusão de promover ou não a ação penal. Tal problemática já foi abordada, embora de modo mais ameno, por Nélson Hungria, nos idos de 50, tratando da interpretação

dos crimes de ultraje ao pudor público: “A interpretação deste, na espécie, não pode abstrair os *usos e costumes*, pois aí é que o exegeta tem de buscar o sentido e o valor do texto da incriminação legal. Para a fixação do conceito de *pudor público*, objetividade jurídica do crime em questão, é imprescindível que se consultem os hábitos sociais variáveis, no espaço e no tempo, no seio de um mesmo povo e até no âmbito de uma mesma cidade. (...) A lei penal não pode preocupar-se com uma moral *ideal* ou rigidamente estandardizada, pois, de outro modo, estaria fatalmente condenada à *desuetudo*. Incumbe-lhe apenas salvaguardar a mutável e relativa moralidade média no seio da comunhão civil. O juiz penal não pode perder de vista que, ao incriminar o ‘ultraje público ao pudor’, o legislador propôs-se a tutelar a *moral coletiva*, não segundo um tipo puro ou abstrato, mas como o *sentimento* (aspecto interno) e a conduta (aspecto externo) *comuns* ou *normais* em torno da sexualidade da vida social. A lei protege não só o pudor público, que é o sentimento médio de moralidade sob o ponto de vista sexual (pudicícia do *homo medius*), como assegura os bons costumes, que dizem com o decoro, conveniência e reserva *usuais*, no tocante aos fatos sexuais (conduta ético-social do *homo medius*)” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 308-309). É momento de descriminalização de condutas que podem ser punidas, se for o caso, por outros instrumentos, que não a via penal. Confira-se na expressão de Luigi Ferrajoli: “Comportamentos como o ato obsceno ou o desacato, por exemplo, correspondem a figuras delituosas, por assim dizer, ‘em branco’, cuja identificação judicial, devido à indeterminação de suas definições legais, remete inevitavelmente, muito mais do que a provas, a discricionárias valorações do juiz, que de fato esvaziam tanto o princípio formalista da legalidade quanto o empírico

da fatualidade do desvio punível” (*Direito e razão*, p. 32).

Ato obsceno

Art. 233. Praticar²⁻⁴ ato obsceno⁵ em lugar público,⁶ ou aberto ou exposto ao público:⁷⁻¹⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

2. Análise do núcleo do tipo: *praticar* é executar, levar a efeito ou realizar, implicando em movimentação do corpo humano, e não simplesmente em palavras. O objeto é ato obsceno.

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. Deveria ser, se mantida a figura criminosa, como sustentamos na nota 5 ao art. 227, pessoa determinada, ou seja, alguém que efetivamente se sentisse ofendido pela conduta.

4. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, exigindo-se, ainda, o elemento subjetivo específico, consistente na vontade particular de ofender o pudor alheio. Não há a forma culposa.

5. Ato obsceno – Elemento normativo do tipo: a conceituação de *ato obsceno* envolve, nitidamente, uma valoração cultural, demonstrando tratar-se de elemento normativo do tipo penal. *Obsceno* é o que fere o pudor ou a vergonha (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa), tendo sentido sexual. Trata-se de conceito mutável com o passar do tempo e de veras variável, conforme a localidade. Cremos ser, diante do que a mídia divulga todos os dias em todos os lugares, conduta de difícil configuração, atualmente. Ainda assim, o movimento corpóreo voluntário (ato) que tenha por fim ofender o senti-

mento de recato, resguardo ou honestidade sexual de outrem pode ser classificado como *obsceno*. Ex.: a pessoa que mostra o seu órgão sexual em público para chocar e ferir o decoro de quem presencia a cena.

6. Lugar público: é o local de aberta frequência das pessoas, como ruas, praias, avenidas, entre outros. É o que Chassan denomina de “lugar público por natureza” (*apud Hungria, Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 311).

7. Lugar aberto ou exposto ao público: o lugar aberto ao público tem entrada controlada, mas admite uma variada gama de frequentadores, como os parques, cinemas, teatros, dentre outros. Na classificação de Chassan, é o “lugar público por destino” (*ob. cit.*, p. 311). O local exposto ao público é aquele que, mesmo sendo de natureza privada, consegue chegar às vistas do público, como a varanda aberta de uma casa que fica defronte a via pública. Na visão de Chassan, é o “lugar público por acidente” (*ob. cit.*, p. 311). Entendemos ser lugar “exposto ao público” aquele que está *apenas sujeito* à vista de várias pessoas (e não *necessariamente visto* por várias pessoas), ingressando nesse conceito, pois, o interior de veículo estacionado na rua, o quintal de uma residência cujos muros não sejam altos o suficiente para impedir acesso visual de terceiros, dentre outros.

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que presencia o ato. O objeto jurídico é a moralidade pública, e, estando no contexto dos crimes contra os costumes, há de ter conotação sexual.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva produção de um resultado

ofensivo ao pudor de alguém). Pela redação do tipo penal, essa é a conclusão a que se deve chegar, embora, como já sustentamos, seja o caso de descriminalização ou, ao menos, de transformação em crime material, implicando na existência de alguém efetivamente ofendido pelo ato. É crime de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“praticar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado por um único ato) ou plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa na forma plurissubsistente.

10. Crime impossível: defendemos o ponto de vista de que a *publicidade* é essencial à figura típica, ou seja, se o agente pratica o ato obsceno em *lugar* público, pela sua natureza, mas completamente longe das vistas de qualquer pessoa, é crime impossível. Não tem cabimento punir-se o agente que fica nu no meio de um estádio de futebol vazio, durante a madrugada, sem que ninguém tenha visto o seu ato. Ou punir-se aquele que resolve urinar no meio de uma rua deserta, ainda que exibindo, ostensivamente, seu órgão sexual. O objeto jurídico protegido é a moralidade pública, exigindo-se potencialidade lesiva nessa conduta, pois, do contrário, trata-se de objeto absolutamente impróprio (art. 17, CP). Defender o contrário é sustentar ser um crime de perigo abstrato, quando, em verdade, o tipo fala em “praticar” + “ato obsceno” + “lugar público ou exposto ao público”, que, segundo nos parece, forma um trinômio destinado à possibilidade *concreta*

de ofensa ao pudor. Ora, sem público não pode haver obscenidade, nem tampouco a concretização da lesão aos bons costumes. Reconhecemos, no entanto, que a maioria da doutrina e da jurisprudência exige apenas a prática da obscenidade em local público, aberto ou exposto ao público, independentemente de ter sido visto por alguém. Basta que alguém, em tese, possa por ali passar no momento do ato obsceno. Diz Hungria: “Basta que o ato seja *potencialmente* escandaloso” (*Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 311). Justamente por não se exigir o escândalo na atual figura típica é que o Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal estipulou em sentido contrário: “Praticar, em lugar público, aberto ou exposto ao público, ato obsceno *que cause escândalo*”, o que melhora, consideravelmente, o tipo incriminador. Ainda assim, cremos ideal, além da exigência da produção de escândalo – se for para manter o crime no Código Penal –, que fosse condicionado à representação de alguém. *Ad argumentandum*, a se manter o rigorismo de interpretação do atual tipo penal, considerando-se, ainda, crime de perigo abstrato, bem como levando-se em conta alguns acórdãos disciplinando o assunto e fazendo incluir como ato obsceno o “beijo lascivo”, a “bolinação”, a “nudez em campanha publicitária”, dentre outros, estaríamos diante de um delito dos mais comuns, passível de prisão em flagrante em inúmeras danceterias, cinemas, parques, ruas e locais onde jovens, despreocupados com tanto pudor, cometem tais atos freqüentemente.

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter¹¹⁻¹³ sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:¹⁴⁻¹⁷

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I – vende, distribui ou expõe à venda¹⁸⁻²⁰ ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;²¹⁻²²

II – realiza,²³⁻²⁵ em lugar público ou acessível ao público, representação teatral,²⁶ ou exibição cinematográfica²⁷ de caráter obsceno,²⁸ ou qualquer outro espetáculo,²⁹ que tenha o mesmo caráter;³⁰⁻³¹

III – realiza,³²⁻³⁴ em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação³⁵ de caráter obsceno.³⁶⁻³⁷

11. Análise do núcleo do tipo: *fazer* (dar existência ou construir), *importar* (fazer ingressar no País vindo do estrangeiro), *exportar* (fazer sair do País com destino ao exterior), *adquirir* (obter ou comprar) e *ter sob sua guarda* (possuir sob sua vigilância e cuidado) são as condutas possíveis. O objeto é algo visível considerado obsceno. Trata-se de tipo misto alternativo: a prática de uma ou mais condutas implica na realização de um só delito.

12. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade. Deveria ser, também, alguém determinado, como no caso do art. 233, evitando-se que haja o indevido perigo abstrato nesta hipótese.

13. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de comercializar, distribuir ou expor algo que possa ofender a moralidade pública no campo sexual. Não há a forma culposa.

14. Conceitos de escrito, desenho, pintura e estampa: *escrito* é o material representado por letras; *desenho* é a representação de formas por escrito, evidenciando uma ilustração concreta ou abstrata; *pintura*

é a aplicação de tintas em uma superfície para expressar formas ou figuras, trazendo a lume uma ilustração concreta ou abstrata (não envolve, neste contexto, a simples aplicação de tinta corante em uma superfície); *estampa* é uma ilustração impressa. O tipo vale-se, ainda, da interpretação analógica, demonstrando que outros objetos semelhantes aos exemplificados, desde que obscenos, podem ser considerados.

15. Conceito de obsceno: ver nota 5 ao artigo anterior.

16. Objetos material e jurídico: o objeto material é o escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno. O objeto jurídico é a moralidade pública no contexto sexual. Com maior razão do que já expusemos quanto ao art. 233, não há cabimento na manutenção deste tipo penal, especialmente após a edição da Constituição Federal de 1988, que busca eliminar toda forma de censura às atividades artísticas. Ver a próxima nota.

16-A. Inconstitucionalidade do art. 234: defendíamos ser o art. 234 do Código Penal, atualmente, inaplicável em virtude de atipicidade material, justificada pelo princípio da adequação social. Melhor refletindo, parece-nos, em verdade, ser inconstitucional. Logo, com maior razão, incabível a sua utilização. Não ofende, apenas, o princípio da legalidade, por via de seu corolário, a taxatividade, diante da falta de clara definição acerca do que vem a ser algo obsceno (elemento normativo do tipo de vagueza nítida). Fere, sobretudo, outras normas e princípios constitucionais, como a liberdade de expressão, especialmente no formato artístico, bem como a liberdade de comunicação social, sem qualquer tipo de censura. Para conferir: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5.º, IV, CF); “É livre a

expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (art. 5.º, IX, CF); “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*, CF); “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2.º, CF). Em suma, a Constituição Federal em nenhum ponto proíbe ou mesmo menciona a *obscenidade*, mormente a que estiver voltada a aspectos de manifestação artística. Objetos e escritos eróticos (ou mesmo pornográficos) poderiam ser considerados *obscenos*? Por certo, alguns erotofóbicos prontamente diriam, sempre, que sim. Porém, eles não constituem a maioria da sociedade e não espelham a naturalidade com que o amor sexual, quando exercido livremente pela pessoa adulta, deve ser encarado na atualidade. Aliás, se tal conteúdo (erótico ou pornográfico) pudesse ser considerado obsceno, qualquer proprietário de uma *sex shop*, loja que comercializa tais produtos, abertamente, recolhendo impostos aos cofres públicos, deveria ser preso e processado como incurso no art. 234 do Código Penal. Por outro lado, se a obscenidade diz respeito, essencialmente, ao conteúdo sexual da conduta humana, que possa causar ofensa ao pudor de outrem, inúmeros espetáculos, filmes, livros e revistas deveriam ser recolhidos e seus produtores e editores processados, com base no mencionado art. 234. Evidentemente, cuidar-se-ia de uma anomalia técnico-jurídica; uma afronta a direitos e garantias fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal. Ilustrando, a cidade de São Paulo – como várias outras localidades mundo afora – foi palco, há alguns anos (27 de abril de 2002), no seu principal parque (Ibirapuera), de um

ensaio fotográfico, quando inúmeras pessoas ficaram peladas e posaram para as devidas fotos *artísticas* do americano Spencer Tunick. Ao amanhecer de um sábado, quem chegasse ao parque público ainda poderia ver os indivíduos nus caminhando de um lado para outro. Trata-se de *obscenidade* ou *arte*? Ninguém foi detido; nenhum processo judicial houve. Aliás, os candidatos à nudez foram convidados ao mencionado ensaio pela internet e pela imprensa, à vista dos órgãos públicos. O que se deve proibir ou limitar – e leis federais existem para tanto – é o acesso de crianças e adolescentes a espetáculos em geral de conteúdo pornográfico, com o fito de respeitar a formação moral e intelectual das pessoas na faixa etária abaixo dos 18 anos, ainda imaturas. Para tanto, há os tipos penais adequados, estes sim em harmonia com a Constituição, que são os arts. 240, 241 e 241-A a 241-E da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). No mais, pessoas adultas não precisam da tutela do Estado para terem acesso ou não à pornografia. Se tal fosse feito, não se poderia sustentar a liberdade de expressão, nem se poderia dizer que, no Brasil, inexistente censura. Enfim, o disposto no art. 234 do Código Penal é inadequado e inconstitucional, bastando voltar os olhos à realidade para constatar o seu esquecimento na prática.

17. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ofensa ao pudor público); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não

se prolongando no tempo) e permanente (cuja consumação se arrasta no tempo) na modalidade “ter sob sua guarda”; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

18. Análise do núcleo do tipo: *vender* é alienar por determinado preço; *distribuir* significa espalhar para diferentes partes; *expor à venda* quer dizer mostrar ou colocar a descoberto com a finalidade de vender. É tipo misto alternativo, podendo o agente concretizar uma ou mais condutas para responder por um único crime.

19. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade.

20. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acrescido da vontade específica de ofender a moralidade pública sexual, com intenção comercial. Não há a forma culposa.

21. Objetos material e jurídico: o objeto material é qualquer objeto referido no *caput*. O objeto jurídico é a moralidade pública sexual.

22. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ofensa ao pudor público); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), exceto na forma “expor à venda”, que é permanente (a consumação se arrasta no tempo); unis-

subjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

23. Análise do núcleo do tipo: *realizar* significa pôr em prática ou criar. Tem por objeto uma representação teatral ou cinematográfica ou espetáculo obsceno.

24. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade.

25. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acrescido da vontade específica de ofender a moralidade pública sexual. Não há a forma culposa.

26. Conceito de representação teatral: é o ato de interpretar, através de cenas, uma determinada história ou situação da vida real para o público em geral.

27. Conceito de exibição cinematográfica: é a mostra de uma película feita para cinema.

28. Conceito de obsceno: ver nota 5 ao artigo anterior.

29. Outro espetáculo: é a interpretação analógica, utilizada no tipo penal, como forma de permitir ao aplicador do direito incluir qualquer mostra pública onde se use a interpretação, semelhante à representação teatral ou à exibição cinematográfica (ex.: espetáculo de dança).

30. Objetos material e jurídico: o objeto material é representação teatral, exibição cinematográfica ou outro espetáculo obsceno. O objeto jurídico é a moralidade pública sexual.

31. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal

(delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ofensa ao pudor público); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“realizar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); permanente (cuja consumação se arrasta no tempo, enquanto o espetáculo estiver sendo realizado; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

32. Análise do núcleo do tipo: ver nota 23 ao inciso anterior. O objeto, neste caso, é a audição ou a recitação obscena.

33. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é qualquer pessoa. O sujeito passivo é a coletividade.

34. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acrescido da vontade específica de ofender a moralidade pública sexual. Não há a forma culposa.

35. Conceito de audição ou recitação: *audição* é o processo de fazer ouvir, enquanto *recitação* é a leitura em alta e clara voz.

36. Objetos material e jurídico: o objeto material é a audição ou recitação obscena. O objeto jurídico é a moralidade pública sexual.

37. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ofensa ao pudor público); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“realizar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); permanente (cuja consumação se arrasta no tempo, enquanto a audição ou recitação estiver sendo realizada); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (como regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Dos crimes contra a família¹

1. Proteção constitucional: a Constituição Federal preceitua ser a família a base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado (art. 226, *caput*, CF). Por isso, são reconhecidos, como formadores de um núcleo familiar, não somente o casamento, mas também a união estável. Esta, no entanto, está fora da proteção dispensada pelo direito penal.

Capítulo I DOS CRIMES CONTRA O CASAMENTO²

2. Proteção constitucional: o primeiro texto constitucional que, expressamente, fez referência à família é o de 1934. Nessa Constituição, mencionava-se ser a família constituída pelo casamento indissolúvel, gozando de especial proteção do Estado. O mesmo previram as Constituições de 1937, 1946 e 1967, inclusive com a Emenda Constitucional 1, de 1969. Em 1977, afastou-se a indissolubilidade do casamento, instituindo-se o divórcio no Brasil. A Constituição de 1988, apesar de inovadora na conceituação de família e de sua formação, continuou privilegiando o casamento como figura central na origem da entidade familiar (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *A família no direito penal*, p. 37-43).

Bigamia³

Art. 235. Contrair^{4,6} alguém, sendo casado,⁷ novo casamento:⁸⁻¹³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1.º Aquele que, não sendo casado,¹⁴ contrai casamento com pessoa casada,

conhecendo¹⁵ essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção,¹⁶ de 1 (um) a 3 (três) anos.¹⁷

§ 2.º Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.¹⁸

3. Conceito de bigamia: é a situação da pessoa que possui dois cônjuges. Entretanto, no contexto dos crimes contra o casamento, quer espelhar a hipótese do sujeito que se casa mais de uma vez, não importando quantas. Assim, quem se casa por quatro vezes, por exemplo, é considerado bigamo, embora seja autêntico polígamo.

4. Análise do núcleo do tipo: *contrair casamento* significa ajustar a união entre duas pessoas de sexos diferentes, devidamente habilitadas e legitimadas pela lei civil, tendo por finalidade a constituição de uma família. O matrimônio, atualmente, não é a única forma de se constituir uma família, embora continue sendo uma das principais vias. A Constituição Federal reconhece a união estável como entidade familiar, *para efeito da proteção do Estado*, o que não significa que se formem, a partir daí, os laços matrimoniais (art. 226, § 3.º, CF). Portanto, o crime de bigamia somente se dá quando o agente, já sendo casado, contrai novo *casamento*, não sendo suficiente a união estável.

5. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser a pessoa casada. O sujeito passivo é o Estado, em primeiro lugar, que tem o interesse maior na preservação da *base da sociedade*, que é a entidade familiar monogâmica. Tanto isso é realidade que o sujeito, ainda que contando com a concor-

dância do primeiro cônjuge, continuará sendo punido se contrair novo matrimônio. Porém, em segundo plano, está também o cônjuge do primeiro casamento. Pode ser considerado, ainda, o segundo cônjuge, caso não saiba que se está casando com pessoa impedida.

6. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

7. Pressuposto para a configuração do delito: existência válida do primeiro casamento. Se as primeiras núpcias estão sendo discutidas na esfera civil, trata-se de questão prejudicial, provocadora da suspensão do feito criminal até a sua solução definitiva no foro competente (art. 92, CPP).

8. Novo casamento: como já mencionado, não se configura o delito – que é contra o casamento – caso o sujeito já casado principie uma união estável com outra pessoa. O segundo matrimônio, para a configuração do delito, necessita ser válido. Observe-se que a anulação de qualquer dos casamentos por conta da bigamia não faz o crime desaparecer, pois é um efeito civil provocado justamente pelo delito praticado.

9. Objetos material e jurídico: o objeto material é o casamento. O objeto jurídico é o interesse estatal na preservação da família como base da sociedade e do casamento monogâmico, eleito como a forma mais estável de constituição familiar.

10. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ofensa aos laços matrimoniais); de forma vinculada (só podendo ser cometido pela contração de um segundo matrimônio, que exige uma série de formalidades

legais); comissivo (“contrair” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo). É este um típico exemplo do fenômeno que a doutrina chama de *crime instantâneo de efeitos permanentes*, isto é, o delito é instantâneo, sem prolongamento da consumação, mas aparenta ser permanente, pois o bigamo permanece casado com duas pessoas ao mesmo tempo, dando a impressão de continuar ofendendo o bem jurídico protegido. É crime plurissubjetivo (que somente pode ser praticado por mais de um agente), não significando que os dois serão punidos, ou seja, se o segundo cônjuge não souber que a pessoa com quem se casa já é casada, houve erro de tipo; plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora de rara configuração. O processo de habilitação do casamento não deve ser considerado ato executório do crime, mas meramente fase de preparação. A execução tem início com a celebração.

11. Prescrição: possui regra especial. Em que pese ser crime instantâneo, a prescrição não começa a correr a partir da data da celebração do segundo casamento, mas sim do momento em que o fato se tornou conhecido (art. 111, IV, CP), justamente porque o delito de bigamia costuma ser camuflado, tornando mais difícil para o Estado punir o agente. Ver nota a respeito no art. 111.

12. Concurso de crimes: a contração de mais de dois casamentos pode dar ensejo ao crime continuado. Portanto, a união matrimonial realizada pelo agente depois de já se ter casado duas vezes deve ser considerada novo delito, aplicando-se,

se preenchidos os requisitos, a regra do art. 71 do Código Penal. Há posição contrária, sustentando tratar-se sempre de concurso material (cf. Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 298).

13. Bigamia e erro de proibição: somente é possível se acolher a afirmativa de ter havido erro quanto à ilicitude do fato caso o agente demonstre efetivo desconhecimento da potencialidade lesiva de sua conduta. Se utilizar inúmeras evasivas e tergiversações para encobrir o ato, estará demonstrando que tinha plena ciência da proibição do segundo casamento. A respeito, confira-se: “Possuía o acusado plena consciência da antijuridicidade do seu segundo casamento, conforme demonstrado nos autos, tanto que, pressionado para providenciar os documentos para as suas segundas núpcias, primeiro ‘pôs fogo’ no cartório onde se casara pela primeira vez, depois ‘matou’ sua primeira esposa em um acidente e, por último, retirou uma segunda via da sua certidão de nascimento, fazendo-se passar por ‘solteiro’ perante o Cartório de Registros. O fato de ser o apelante pessoa simples, mecânico, sem condições, portanto, de conhecer a Lei do Divórcio e seus efeitos, não possui o condão de beneficiá-lo” (TJMG, Ap. 147.796-7, 1.^a C., rel. Luiz Carlos Biasutti, 25.05.1999, v. u., RT 773/644).

14. Exceção pluralística: elegeu o tipo penal uma exceção à teoria monista, adotada no concurso de pessoas. O monismo significa que “quem concorre para o crime incide nas penas a ele cominadas”, ou seja, há um só delito para co-autores e partícipes. No caso presente, como em outras exceções, preferiu o legislador punir mais brandamente a pessoa solteira que, tendo pleno conhecimento do estado civil do futuro cônjuge, contrai matrimônio com pessoa casada. Note-se que a pena é reduzida da metade.

15. Elemento subjetivo do tipo: neste caso, admite-se apenas o dolo direto, em face da expressão “conhecendo essa circunstância”.

16. Pena alternativa: a pena privativa de liberdade tem valores abstratos fixos – de 1 a 3 anos –, embora tenha permitido o legislador que o juiz opte entre reclusão e detenção. Embora a diferença prática entre ambas as penas seja imperceptível, é natural que a detenção seja mais branda que a reclusão. Portanto, deve o magistrado levar em consideração as circunstâncias do art. 59 do Código Penal para optar entre uma e outra.

17. Concurso de pessoas: é admissível o concurso de pessoas no contexto da bigamia. Imagine-se a hipótese do sujeito que instiga outro a casar-se duas vezes. É partícipe, embora, como bem lembra Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 449), deva responder como incurso nas penas do § 1.º, e não do *caput*. Afinal, se aquele que se casa, possibilitando a consumação do crime, tem pena menor, também o partícipe deve ser beneficiado pela redução.

18. Causa específica de exclusão da tipicidade: se o primeiro casamento, existente à época do crime, for posteriormente anulado, torna-se atípica a conduta do agente, que passará a manter casamento com uma só pessoa. A declaração de nulidade do primeiro casamento provoca efeito *extunc*, demonstrando que o agente não se casou, sendo casado. Logo, bigamia não houve.

Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento

Art. 236. Contrair casamento,¹⁹⁻²¹ induzindo em erro essencial²² o outro contraente,

ou ocultando-lhe impedimento²³ que não seja casamento anterior.²⁴⁻²⁶

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. A ação penal depende de queixa²⁷ do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.²⁸

19. Análise do núcleo do tipo: *contrair casamento* significa, como já visto na nota 4 ao artigo anterior, ajustar a união entre duas pessoas de sexos diferentes, devidamente habilitadas e legitimadas pela lei civil, tendo por finalidade a constituição de uma família. Neste caso, acrescentam-se as condutas de *induzir* (inspirar ou incutir) em erro e *ocultar* (esconder) impedimento. Portanto, há duas situações possíveis: *a)* contrair casamento levando a outra pessoa a incidir em engano fundamental; *b)* contrair casamento escondendo impedimento matrimonial.

20. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que se case induzindo outrem em erro ou ocultando-lhe impedimento. O sujeito passivo é o Estado – que busca manter a regularidade do casamento monogâmico – e também a pessoa ludibriada.

21. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

22. Erro essencial: trata-se de norma penal em branco. Deve-se utilizar o disposto no art. 1.557 do Código Civil, que preceitua tratar-se de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge os seguintes casos: “I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a

vida em comum ao cônjuge enganado; II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”. Assim, qualquer dessas situações que configuram *erro essencial* pode, em tese, dar margem à configuração deste delito. O agente que leva o outro contraente, por meio de ações – não sendo suficiente a mera ocultação – consistentes em convencê-lo da inexistência de quaisquer dessas situações previstas na lei civil pode cometer o crime do art. 236. cremos, no entanto, ser figura defasada e antiquada, merecendo a devida abolição. Deve-se concentrar a resolução do problema na esfera cível, pois o direito penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima, é a *ultima ratio*, não servindo como opção para esse tipo de ilícito.

23. Impedimento matrimonial: sendo norma penal em branco, é preciso buscar socorro no Código Civil, que prevê as hipóteses de impedimento, no art. 1.521. “Não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”. Configura-se o delito quando o agente esconde impedimento

do outro contraente, justamente para que o casamento seja celebrado. Há quem entenda tratar-se de conduta comissiva, isto é, a ocultação precisa ser ativa, buscando o agente convencer a outra parte de que são livres para o matrimônio. Assim não nos parece. Enquanto na primeira forma usa-se o verbo *induzir*, indicando conduta positiva, na segunda vale-se o tipo de *ocultar*, que demonstra apenas a omissão em contar. Se isso for realizado dolosamente, é suficiente para configurar o crime.

24. Ressalva específica: o tipo penal ressalva a hipótese de impedimento prevista no art. 1.521, VI, do Código Civil (pessoas casadas), pois o casamento celebrado com pessoa já casada configura o delito de bigamia.

25. Objetos material e jurídico: o objeto material é o casamento. O objeto jurídico é o interesse do Estado em manter regulares os casamentos realizados, pois estes constituem forma comum de formação da família, base da sociedade.

26. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial, que é o cônjuge); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva dissolução do matrimônio por conta do erro ou do impedimento); de forma vinculada (podendo ser cometido apenas pela indução em erro essencial ou ocultação de impedimento, submetendo-se o agente ao processo de casamento, que é rigidamente previsto em lei); comissivo (“contrair” implica em ação), e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); plurissubjetivo (que somente pode ser praticado por mais de uma pessoa);

plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); não admite tentativa, porque é crime condicionado (ver parágrafo único).

27. Ação penal privada: é ação penal que somente pode ser intentada pelo cônjuge enganado. Trata-se de ação privada personalíssima, de modo que, ocorrendo a morte do querelante durante o processo, extingue-se a punibilidade do agente.

28. Condição de procedibilidade e objetiva de punibilidade: não vemos inconveniente na eleição de uma causa mista. Criou o legislador uma condição para haver a punição do agente: ser o casamento anulado efetivamente. Assim, ainda que tenha sido enganado, pode ser que o agente permaneça casado, como, por exemplo, no caso da pessoa que se casa com quem padece de defeito físico irremediável. Logo, não há punição alguma para o autor. Apesar de configurado o delito, não há punibilidade. Essa condição objetiva, que não depende do dolo do agente, é também condição de procedibilidade para o ingresso da queixa-crime. No sentido de ser condição objetiva de punibilidade: Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*A família no direito penal*, p. 158); Magalhães Noronha (*Direito penal*, v. 3, p. 303). Considerando condição de procedibilidade: Damásio E. de Jesus (*Código Penal anotado*, p. 734).

Conhecimento prévio de impedimento

Art. 237. Contrair casamento,²⁹⁻³⁰ conhecendo³¹ a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta.³²⁻³⁴

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

29. Análise do núcleo do tipo: *contrair casamento* significa, como já visto na

nota 4 ao art. 235, ajustar a união entre duas pessoas de sexos diferentes, devidamente habilitadas e legitimadas pela lei civil, tendo por finalidade a constituição de uma família. Esta hipótese pune o agente que se casa *ciente* do impedimento matrimonial, causador de nulidade absoluta (art. 1.521, I a VII, c/c o art. 1.548, II, CC).

30. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que se case impedida pela lei civil. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, o cônjuge que não conhecia o impedimento.

31. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Observe-se que o tipo penal exige *dolo direto*, ao mencionar “conhecendo a existência de impedimento”.

32. Impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: como já mencionado, trata-se de norma penal em branco, que deve ser complementada pelo art. 1.521, I a VII, c/c o art. 1.548, II, do Código Civil. Os impedimentos que provocam nulidade são os seguintes: “I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

33. Objetos material e jurídico: o objeto material é o casamento. O objeto jurídico é o interesse do Estado na regular formação da família, base da sociedade, através do casamento válido.

34. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial, ou seja, o cônjuge); formal (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva anulação do casamento); de forma vinculada (podendo ser cometido somente pelo casamento, que é repleto de formalidades legais); comissivo (“contrair” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); plurissubjetivo (que só pode ser praticado por mais de uma pessoa, ainda que a outra não seja punida); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Simulação de autoridade para celebração de casamento

Art. 238. Atribuir-se³⁵⁻³⁷ falsamente³⁸ autoridade para celebração de casamento;³⁹⁻⁴¹

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui crime mais grave.⁴²

35. Análise do núcleo do tipo: *atribuir-se* significa imputar-se ou dar a si mesmo. O agente proclama-se autoridade para celebração de casamento.

36. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Os sujeitos passivos são o Estado e os cônjuges ludi-briados.

37. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

38. Elemento normativo do tipo: *falsamente* é elemento valorativo, que significa *contrário à realidade ou fictício*.

39. Autoridade para celebração de casamento: é, como regra, o juiz de paz. Não se pode considerar, como alguns fazem (vide Romão Côrtes de Lacerda, in Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 375), o oficial do registro, que efetivamente não é *autoridade* para celebrar casamento, mas somente aquele que vai documentar o ato. Preceitua a Constituição Federal (art. 98, II) que a justiça de paz é composta de “cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, *celebrar casamentos*, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação” (grifo nosso). A Constituição do Estado de São Paulo estipula (art. 16, Disposições Transitórias) que, “até a elaboração da lei que criar e organizar a Justiça de Paz, ficam mantidos os atuais juízes e suplentes de juiz de casamentos, até a posse de novos titulares, assegurando-lhes os direitos e atribuições conferidos aos juízes de paz de que tratam o art. 98, II, da Constituição Federal, o art. 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o art. 89 desta Constituição”. Portanto, a única autoridade constituída especificamente para celebrar casamentos é o juiz de paz. Entretanto, pode-se considerar no mesmo contexto o ministro religioso que possua atribuição para celebrar casamento religioso, uma vez que este pode ser transformado em civil (art. 226, § 2.º, CF, c/c art. 1.515, CC).

40. Objetos material e jurídico: o objeto material é o casamento. O objeto jurídico é o interesse do Estado na regular constituição do casamento, criador da família, base da sociedade.

41. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva celebração de casamento por quem não está autorizado a fazê-lo); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“atribuir-se” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (constituído por um único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa somente na forma plurissubsistente, embora rara. No sentido que defendemos: Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 307. Para Romão Côrtes de Lacerda, a tentativa é sempre inadmissível (in Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 375).

42. Delito subsidiário: se outro crime mais grave for cometido, absorve a prática da simulação de autoridade para celebração de casamento. Exemplo disso seria o agente que usurpa função pública auferindo vantagem: responde pelo delito do art. 328, parágrafo único, do Código Penal, que absorve o crime do art. 238.

Simulação de casamento

Art. 239. Simular⁴³⁻⁴⁵ casamento mediante engano⁴⁶ de outra pessoa.⁴⁷⁻⁴⁸

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.⁴⁹

43. Análise do núcleo do tipo: *simular* significa fingir, disfarçar ou aparentar

aquilo que não é. Objetiva-se, nesta figura, proteger o casamento.

44. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo há de ser o Estado, bem como a pessoa enganada.

45. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

46. Elemento normativo do tipo: não basta que o agente finja estar se casando, sendo indispensável que o faça através do *engano* (armadilha, logro, ilusão) do outro contraente. Assim, aquele que representa estar contraindo matrimônio para pregar uma peça em seus amigos não responde pelo delito, pois não está ludibriando a pessoa que aceita o papel de contraente.

47. Objetos material e jurídico: o objeto material é o casamento simulado. O objeto jurídico é o interesse do Estado de preservar o casamento, base primordial de formação da família.

48. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivos desdobramentos da conduta simulatória); de forma vinculada (podendo ser cometido por intermédio da celebração de um ato solene, que é o casamento); comissivo ("simular" implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por uma pessoa, embora, no caso presente, exija o concurso da própria vítima,

que não é punida); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

49. Delito subsidiário: se outra figura típica mais grave ocorrer, esta será absorvida. O objetivo do agente pode ser a posse sexual mediante fraude (art. 215), que prevalecerá sobre a simulação de casamento.

Adultério

Art. 240. (Artigo revogado pela Lei 11.106/2005.)

Capítulo II

DOS CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

Registro de nascimento inexistente

Art. 241. Promover¹⁻³ no registro civil a inscrição de nascimento inexistente:⁴⁻⁸

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

1. Análise do núcleo do tipo: *promover* significa gerar ou dar origem. O objeto é o registro civil de pessoa.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, a pessoa prejudicada pelo registro inexistente.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

4. Conceito de nascimento inexistente: *nascimento* é o ato de nascer, ou seja, de ter início a vida do ser humano. Se é inexistente é porque, de fato, não ocorreu, isto é, o feto foi expelido morto ou nunca foi gerado.

5. Absorção da falsidade: o delito do art. 241 absorve o crime de falsidade ideológica, por ser especial.

6. Objetos material e jurídico: o objeto material é o registro civil realizado. O objeto jurídico é o estado de filiação, que deve ser preservado pelo Estado, pois, em última análise, é medida protetora da família.

7. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para alguém diante do falso registro); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“promover” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

8. Prescrição: tem prazo inicial diferenciado, nos termos do art. 111, IV, do Código Penal (quando o fato se tornou conhecido).

Parto suposto. Supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido

Art. 242. Dar⁹⁻¹¹ parto alheio¹² como próprio; registrar como seu o filho de outrem;¹³ ocultar recém-nascido ou substituí-lo,¹⁴ suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil;¹⁵⁻¹⁶

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:¹⁷⁻¹⁸

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

9. Análise do núcleo do tipo: *dar*, neste tipo, tem o sentido de considerar ou tornar; *registrar* quer dizer lançar em livro ou consignar; *ocultar* é encobrir ou esconder; *substituir* quer dizer tomar o lugar de algo ou alguém; *suprimir* significa eliminar ou fazer desaparecer; *alterar* é modificar ou transformar. O objeto protegido é o estado de filiação. Trata-se de *tipo misto cumulativo e alternativo*. São previstas três condutas diferenciadas, embora, entre elas, exista alternatividade: *a)* dar parto alheio como próprio; *b)* registrar como seu o filho de outrem; *c)* ocultar ou substituir recém-nascido. Em todas incide, ainda, a consequência de suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil. Assim, caso o agente pratique as três condutas, responderá por três delitos. Somente no caso da última é que pode praticar uma ou as duas e cometerá um só crime (ocultar ou substituir).

10. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser: *a)* só a mulher na primeira figura; *b)* qualquer pessoa nas duas outras. Os sujeitos passivos são o Estado, que deseja a regularidade da formação da família, e a pessoa prejudicada (os herdeiros, nas duas primeiras situações; o próprio recém-nascido, na terceira).

11. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se, no entanto, elemento subjetivo específico, consistente na vontade de suprimir ou alterar estado civil. Esse elemento deve ser aplicado às três figuras, igualmente, pois não teria sentido “dar parto alheio como próprio” sem a finalidade de alterar direito inerente ao estado civil, o que esvaziaria por completo o crime *contra o estado de filiação*.

12. Parto alheio: o objeto da primeira conduta é considerar como seu o ato de outra pessoa, que dá à luz o feto. Assim agindo, precisa, de algum modo, suprimir ou alterar direito inerente ao estado civil, isto é, provocar mudança na situação jurídica do indivíduo em relação à sua família. Dessa forma, fazendo parecer seu o parto de outra pessoa, termina fazendo com que alguém tenha, juridicamente, outros pais, diversos dos biológicos. Lembra Noronha que a hipótese inversa não é crime, isto é, dar parto próprio como alheio (*Direito penal*, v. 3, p. 317). Nesta figura, exige-se a simulação da gravidez para que possa a mulher considerar como seu o parto de outrem. O registro é dispensável, embora possa ser conduta naturalmente seqüencial.

13. Registro de filho de outra pessoa: a segunda conduta é fazer consignar no registro civil outra filiação, diferente dos pais biológicos, fazendo com que o estado civil seja suprimido ou alterado. É o que se chama de “adoção à brasileira”. Muitas pessoas, em vez de ingressarem em filas para adotar crianças, resolvem tratar diretamente com a mãe, registrando, diretamente, como seu o filho de outra pessoa. Por vezes, há intenção elevada, visto que pode ser a avó, ainda jovem, registrando o neto como filho, tendo em vista que sua filha, ainda imatura, não tem condições de cuidar da criança. Absorve, por ser especial, o crime de falsidade que venha a ocorrer pela inscrição no registro.

14. Ocultação ou substituição de recém-nascido: a terceira conduta é esconder a pessoa que acabou de nascer, impedindo seu correto registro, ou trocar o recém-nascido por outro, que nasceu de pessoa diversa. Nas duas hipóteses, o estado civil verdadeiro deve ser alterado ou eliminado.

15. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser o recém-nascido ou o registro. O objeto jurídico é o estado de filiação.

16. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito especial), na 1.^a figura, e comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado), na 2.^a e 3.^a figuras; material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva supressão ou alteração do estado civil); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.^o, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), exceto na modalidade “ocultar”, que é permanente (delito de consumação prolongada no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

17. Figura privilegiada ou perdão judicial: praticando qualquer das condutas típicas por *motivo de reconhecida nobreza*, isto é, se a razão que levou o agente a assim agir for nitidamente elevada ou superior, pode o juiz julgar extinta a punibilidade. Nem sempre o criminoso tem má intenção, podendo querer salvar da miséria um recém-nascido, cuja mãe reconhecidamente não o quer. Assim, termina registrando, por exemplo, o filho de outra pessoa como se fosse seu. Eventualmente, não sendo o caso de aplicar o perdão, porque o magistrado detectou outras condições pessoais desfavoráveis (ex.: maus antecedentes, reincidência, péssima conduta social), incide, então, a figura privilegiada, aplicando-se pena bem menor do que a prevista no *caput*.

Lembremos que há duas opções fixadas pelo legislador ao juiz, quando houver motivo de reconhecida nobreza: aplicar o privilégio (pena menor) ou o perdão judicial (extinção da punibilidade), razão pela qual pode ele valer-se dos fatores pessoais do agente para essa avaliação.

18. Prescrição: o prazo começa a correr quando o fato se tornar conhecido da autoridade pública (art. 111, IV, CP).

Sonegação de estado de filiação

Art. 243. Deixar¹⁹⁻²⁰ em asilo de expostos ou outra instituição de assistência²¹ filho próprio ou alheio,²² ocultando-lhe a filiação ou atribuindo-lhe outra, com o fim²³ de prejudicar direito inerente ao estado civil;²⁴⁻²⁵

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

19. Análise do núcleo do tipo: *deixar*, no sentido do texto, significa largar ou abandonar; *ocultar* é esconder; e *atribuir* significa imputar ou conferir.

20. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Os sujeitos passivos são o Estado e a pessoa prejudicada.

21. Asilo de expostos ou outra instituição de assistência: *asilo de expostos* é orfanato ou lugar que abriga crianças abandonadas. *Instituição de assistência* pode ser qualquer tipo de creche ou abrigo.

22. Filho próprio ou alheio: o abandonado pode ligar-se aos pais que deixam seu filho em instituição de assistência ou àquele que larga filho de outra pessoa. A criança desamparada não pode estar registrada, pois o objetivo previsto é *ocultar* filiação ou *atribuir-lhe* outra.

23. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se o elemento subjetivo específico, que é a vontade de prejudicar direito inerente ao estado civil. Não há a forma culposa.

24. Objetos material e jurídico: o objeto material é a criança abandonada. O objeto jurídico é o estado de filiação.

25. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo ao estado civil); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (apesar de parecer omissivo, por conta do verbo *deixar*, trata-se de ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Capítulo III

DOS CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR¹

1. Proteção constitucional: prevê o art. 229 que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa,² de prover³⁻⁵ à subsistência do cônjuge,⁶ ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho,⁷ ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos,⁸ não lhes

proporcionando os recursos necessários⁹ ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada;¹⁰ deixar, sem justa causa,¹¹ de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo;¹²⁻¹⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.¹⁵

Parágrafo único. Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide,¹⁶⁻¹⁷ de qualquer modo,¹⁸ inclusive por abandono injustificado de emprego ou função,¹⁹ o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

2. Elemento normativo do tipo: *sem justa causa* significa uma conduta não amparada por lei. Assim, havendo estado de necessidade, é natural que possa o pai deixar de alimentar o filho, pois não teria cabimento punir aquele que não tem condições de sustentar nem a si mesmo.

3. Análise do núcleo do tipo: *deixar de prover à subsistência* significa não mais dar sustento para assegurar a vida ou a saúde; *não proporcionar recursos* quer dizer deixar de fornecer auxílio; *faltar ao pagamento* é deixar de remunerar; *deixar de socorrer* é abandonar a defesa ou proteção. É mais um tipo *misto cumulativo e alternativo*, significando que a prática de mais de uma conduta implica na punição por mais de um delito, em concurso material. São, em verdade, três condutas típicas, duas delas alternativas: *a)* deixar de prover à subsistência de cônjuge, filho ou ascendente, não lhes proporcionando recursos necessários. A conduta é mista, pois a simples falta de provisão não significa o desamparo, uma vez que podem as pessoas ter recursos para manter o sustento; *b)* deixar de prover à subsistência de pessoa credora de alimentos, faltando ao pagamento de pensão alimentícia. Há uma presunção de que, se foi fixada

pensão alimentícia, é porque a pessoa dela necessita, de modo que, não havendo o pagamento, há falta de provisão à subsistência; *c)* deixar de socorrer parente enfermo. Assim, as duas primeiras condutas são alternativas, implicando num só delito. A terceira é autônoma; se praticada juntamente com uma das duas anteriores, provoca dupla punição. Para a configuração do crime, torna-se imprescindível que a vítima fique, realmente, ao desamparo, uma vez que, se a assistência for prestada por outro familiar ou amigo, não há preenchimento do tipo penal.

4. Sujeitos ativo e passivo: na primeira e na segunda figuras, os sujeitos ativos podem ser o cônjuge, os pais, os descendentes ou o devedor da pensão; na terceira, podem ser os ascendentes ou os descendentes. Os sujeitos passivos podem ser, na ordem inversa, o cônjuge, os filhos, os ascendentes ou o credor de alimentos (na primeira e segunda figuras) ou os descendentes ou ascendentes (na terceira figura). Secundariamente, o Estado, interessado na proteção à família.

5. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

6. Cônjuge: é a pessoa casada, não sendo cabível considerar sujeito passivo do crime a companheira ou concubina. Ainda que se dê, atualmente, proteção à união estável, não há equiparação ao casamento.

7. Filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho: o menor de 18 anos é, presumidamente, incapaz de se cuidar. Deve-se, no entanto, considerar o caso concreto, pois, em alguns casos, o filho pode ganhar mais do que os pais, razão pela qual não pode ser sujeito passivo do crime. O filho inapto para o trabalho pode ter qualquer idade e a inaptidão não necessita decorrer,

necessariamente, de deficiência física ou mental. Um filho, que seja vítima de grave acidente e esteja em recuperação, pode estar inapto para o trabalho.

8. Ascendente inválido ou idoso: *ascendente* é o ancestral, que pode ser o pai (mãe), o avô (avó), o bisavô (bisavó) e assim sucessivamente. *Inválida* é a pessoa que está debilitada e incapaz de se sustentar. Idosa é a pessoa maior de 60 anos, conforme conceituação feita pela Lei 10.741/2003.

9. Recurso necessário: é o auxílio indispensável à sobrevivência, não incluindo, portanto, qualquer supérfluo ou luxo.

10. Pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada: a renda mensal pode ser fixada por acordo – homologado pelo juiz – ou então ser decorrência de sentença condenatória, que a estabeleceu ou majorou. É evidente que, cessando o direito à pensão – porque o juiz assim determinou –, não há mais possibilidade de se concretizar o tipo penal.

11. Elemento normativo do tipo: *sem justa causa* significa uma conduta não amparada por lei. Se o agente não tem condições financeiras ou físicas de socorrer o descendente ou ascendente, é natural que não possa responder por abandono material.

12. Enfermidade grave: para configurar a terceira figura típica, torna-se indispensável que o descendente (filho, neto, bisneto etc.) ou o ascendente (pai, avô, bisavô etc.) esteja com algum tipo de doença séria, não mais podendo prover ao seu sustento ou mesmo à sua sobrevivência.

13. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser renda, pensão ou outro auxílio. O objeto jurídico é a proteção dispensada pelo Estado à família.

14. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (os verbos implicam em abstenções); permanente (cujo resultado se prolonga no tempo, em face do bem jurídico protegido que continua a ser aviltado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (delito que pode ser praticado por um único ato); não admite tentativa.

15. Pena de multa fixada em salário mínimo: é uma exceção ao dia-multa, decorrente da Reforma Penal de 1984. Continua-se, pois, a fixar a pena pecuniária em salários mínimos.

16. Análise do núcleo do tipo: *frustrar* significa enganar ou iludir; *eliminar* (forma correta) quer dizer suprimir ou eliminar. As condutas ligam-se a pessoa que pode (solvente), mas não quer, pagar pensão alimentícia, valendo-se de subterfúgios variados ou recursos processuais meramente protelatórios.

17. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o devedor de alimentos. O sujeito passivo é o credor de alimentos e, secundariamente, o Estado, que tem por finalidade proteger a família.

18. Qualquer modo: indica, nitidamente, a forma livre do crime, ou seja, pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente.

19. Abandono injustificado de emprego ou função: não são poucos, lamentavelmente, os casos de pessoas que, somente para não pagar pensão alimentícia,

mormente quando estão em litígio com o beneficiário, largam contratos de trabalho, passando ao desemprego ou ao trabalho camuflado ou informal, somente para não quitar o seu débito. Quem assim agir propicia a configuração do tipo penal.

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245. Entregar²⁰⁻²¹ filho menor de 18 (dezoito) anos²² a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber²³ que o menor fica moral ou materialmente em perigo;^{24-26-A}

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1.º A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão,²⁷ se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.²⁸⁻²⁹

§ 2.º Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia³⁰⁻³¹ a efetivação de ato destinado ao envio³² de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.³³⁻³⁴

20. Análise do núcleo do tipo: *entregar* significa passar algo ou alguém à posse de outrem. O objeto, neste tipo penal, é o filho menor de 18 anos.

21. Sujeitos ativo e passivo: os sujeitos ativos só podem ser os pais. O sujeito passivo é o filho menor de 18 anos.

22. Menor de 18 anos: é a pessoa que, por presunção legal, é imatura, não sabendo se defender sozinha. O Código Penal, em face da previsão da inimputabilidade do menor de 18 anos (art. 27), que é absoluta, terminou por proteger o filho com essa faixa etária, fundamentando-se no mesmo pressuposto, ou seja, de incapacidade de se proteger de más companhias. Atualmente, segundo cremos, do mesmo modo que a idade penal deve ser reduzida, porque não mais se justifica tratar como inimputável

aquele que, efetivamente, não o é, também esta figura típica merece revisão, reduzindo-se a faixa etária da vítima.

23. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. A figura típica indica, nitidamente, a intenção de envolver o dolo direto – “saiba” – e o dolo eventual – “deva saber”. Há posição contrária, sustentando que a expressão “deve saber” é justificativa de culpa, e não de dolo, pois neste o agente sabe o que vai acontecer e é indiferente ao resultado. Assim, trataria o tipo penal de culpa, embora merecendo crítica por ter introduzido, neste crime, a culpa subjetiva, quando, em outros, como a receptação, cuida da culpa objetiva, através da expressão “devem presumir-se” (Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 333). Insistimos, no entanto, que a culpa deve estar *expressa* no tipo, não se podendo considerar culposos o que não ficou nítido pela lei. Além do mais, a previsão do dolo eventual é exatamente idêntica à da culpa consciente, de modo que ele não *sabe* existir o resultado, sendo-lhe indiferente, como afirmou o autor. Em verdade, o agente *prevê a possibilidade* de ocorrer o resultado, sendo-lhe indiferente que tal ocorra. O resultado, que não deseja, mas suporta, não é certo. Se fosse, tratar-se-ia do dolo direto. Portanto, quando se utiliza da expressão “deve saber”, está o legislador legitimando o entendimento que já expôs na definição do dolo (art. 18, I, CP), isto é, pode o agente querer diretamente o resultado (“sabe” que vai ocorrer) ou pode assumir o risco de produzi-lo (“deve saber” que pode ocorrer). Além disso, não há o menor cabimento – e não tem sido esta a postura do legislador nos demais crimes – equiparar a conduta dolosa à culposa, prevendo idêntica pena para ambas. Fosse de modo diverso e o agente, *tendo certeza*

de colocar o menor em risco ao entregá-lo para outra pessoa, responderia pela mesma pena destinada a quem, *sendo negligente*, entrega o filho a outra pessoa, sem desejar qualquer risco para a sua integridade, o que é um contra-senso.

24. Perigo material ou moral: *perigo material* é o que se pode verificar sensivelmente (permitir que o menor se envolva com atividades de extremo risco, comprometedoras de sua integridade física); *perigo moral* é o que não é detectado pelos sentidos, referindo-se às atividades comprometedoras da boa formação moral da pessoa humana (permitir que o menor se envolva com prostituição ou atividades criminosas).

25. Objetos material e jurídico: o objeto material é o menor. O objeto jurídico é a proteção da família ao menor.

26. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo dano para o menor); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“entregar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

26-A. Confronto com o art. 238 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): estabelece o referido art. 238: “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena – reclusão, de 1 (um) a

4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”. Confrontando-se com o art. 245 do Código Penal, conclui-se pela concomitante vigência de ambos. Entretanto, o art. 238, por ser especial, afasta a aplicação do art. 245, quando a situação concreta assim exigir. Este, por seu turno, fica reservado para outras hipóteses, mais genéricas, como o pai que entrega o filho menor de 18 anos a pessoa de má reputação, para simples convivência, com ou sem intuito de lucro, mas sem caráter definitivo.

27. Figura qualificada: a pena é aumentada de detenção para reclusão, bem como dobra o máximo em abstrato previsto, quando o agente tem a intenção de obter lucro ou se o menor segue para o exterior.

28. Elemento subjetivo do tipo: no caso do § 1.º, exige-se, na primeira figura, além do dolo, o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de obter lucro. Na segunda figura, tratando-se de crime qualificado pelo resultado, admite-se, quanto à ida do menor para o exterior, tanto dolo, quanto culpa.

29. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que exige sujeito ativo especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em obter lucro), na primeira figura, e material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na ida do menor para o exterior), na segunda figura; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente), comissivo (“entregar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por

um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

30. Confronto com o art. 239 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): melhor analisando detidamente os dois tipos penais, cremos que o art. 239 da Lei 8.069/90, por ser mais abrangente e também especial, revogou, tacitamente, o referido art. 245, § 2.º, do Código Penal. Neste, o agente auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, *com o fito de obter lucro*. Naquele, o autor auxilia *ou promove* a efetivação de ato destinado a enviar criança ou adolescente ao exterior, com o fito de obter lucro ou *com inobservância das formalidades legais*. Logo, mais amplo e abrangente.

31-34. Remissão a lei especial: remetemos o leitor aos comentários ao art. 239 da Lei 8.069/90 em nosso *Leis penais e processuais penais comentadas*.

Abandono intelectual

Art. 246. Deixar,³⁵⁻³⁶ sem justa causa,³⁷ de prover³⁸ à instrução primária³⁹ de filho em idade⁴⁰ escolar.⁴¹⁻⁴²

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

35. Análise do núcleo do tipo: *deixar de prover* significa não mais providenciar alguma coisa. No caso deste tipo penal, é a instrução primária do filho menor.

36. Sujeitos ativo e passivo: os sujeitos ativos só podem ser os pais. O sujeito passivo é o filho em idade escolar.

37. Elemento normativo do tipo: *sem justa causa* significa algo ilícito, não amparado por lei. Logo, é um elemento de antijuridicidade colocado dentro do tipo

penal. É natural que situações extremadas, como a pobreza ou miserabilidade dos pais e mesmo a falta de instrução destes, podem servir de justificativa para o não preenchimento do tipo penal. O mesmo se pode dizer da falta de vagas em escolas públicas, uma vez que cabe ao Estado proporcionar educação a todos os brasileiros, especialmente aos menos favorecidos economicamente.

38. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

39. Instrução primária: é referente ao 1.º grau, quando se alfabetiza uma pessoa, ensinando-lhe os conceitos básicos e fundamentais da sua formação educacional.

40. Idade escolar: é o período de vida que abrange a pessoa dos seis aos quatorze anos completos. Dispõe a Constituição Federal ser dever do Estado promover o ensino fundamental, obrigatório e gratuito, para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito constitui direito público subjetivo (art. 208, I e § 1.º). Por outro lado, a Lei 9.394/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, preceitua ser dever do Estado promover o ensino fundamental, obrigatório e gratuito (art. 4.º, I), além de ser obrigação dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (art. 6.º). O ensino fundamental, que é obrigatório, tem duração mínima de nove anos (art. 32, *caput*). Por isso, considera-se a *idade escolar* dos seis aos quatorze anos, com a inserção da criança no sistema educacional a partir dos seis anos.

41. Objetos material e jurídico: o objeto material é a instrução de filho. O

objeto jurídico é a educação e a instrução de menores de 14 anos, que o Estado tem por finalidade preservar.

42. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva falta de instrução da vítima); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (“deixar” implica em omissão); permanente (aquele cuja consumação se prolonga no tempo, enquanto estiver o menor em idade escolar, sem qualquer instrução); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (crime que pode ser cometido por um ato); não admite tentativa.

Art. 247. Permitir⁴³⁻⁴⁵ alguém que menor de 18 (dezoito) anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância:⁴⁶⁻⁴⁷

I – freqüente⁴⁸ casa de jogo ou mal-afamada,⁴⁹ ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida;⁵⁰

II – freqüente espetáculo⁵¹ capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza;⁵²

III – resida ou trabalhe em casa de prostituição;⁵³

IV – mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública:⁵⁴⁻⁵⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

43. Análise do núcleo do tipo: *permitir* é dar liberdade ou licença, de forma expressa ou implícita. Associa-se às seguintes condutas: a) *freqüentar* (visitar reiteradamente) casa de jogo ou mal-afamada; b) *conviver* (viver em contato íntimo) com pessoa viciosa; c) *freqüentar* espetáculo ofensivo à moral; d) *participar* (tomar parte) de representação dessa natureza; e) *residir*

(morar ou viver) ou *trabalhar* (ocupar-se de alguma atividade) em casa de prostituição; f) *mendigar* (pedir esmola ou amparo) ou *servir a mendigo* (trabalhar para pedinte).

44. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser o pai, a mãe ou qualquer outra pessoa que tenha poder sobre o menor, como o tutor ou o guardião. O sujeito passivo é o menor de 18 anos.

45. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

46. Objetos material e jurídico: o objeto material é o menor de 18 anos. O objeto jurídico é educação moral do menor.

47. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva má formação moral do menor); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (implicando em ação) ou omissivo (implicando em abstenção), conforme o caso concreto; instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, na forma plurissubsistente, embora rara.

48. Habitualidade: quando o tipo penal utiliza o verbo *freqüentar* está indicando uma conduta habitual, reiterada. Dessa forma, não se pode considerar concretizado o crime quando o agente permite ao menor que vá, uma vez ou outra, a uma casa de jogo. Assim agindo, inexistente *freqüência*, de modo que não há delito. Trata-se de um crime *instantâneo de continuidade habitual*.

49. Casa de jogo ou mal-afamada: *casa de jogo* é o local onde se pratica jogo de azar ou onde se faz aposta (bilhar ou sinuca). É natural que, para guardar a coerência com o objeto jurídico protegido, não se possa considerar “casa de jogo” o lugar autorizado pelo Estado para funcionar, como é o caso das lotéricas. *Mal-afamada* é a localidade de péssima reputação. Atualmente, é mais difícil a configuração deste tipo penal, em face do avanço nos costumes e da quebra permanente de tabus. Assim, o que antigamente se podia considerar local “mal-afamado”, como um bar noturno, hoje não mais o é.

50. Pessoa viciosa ou de má vida: *viciosa* é a pessoa adepta a desregramentos habituais, enquanto a *má vida* significa, neste contexto, moralmente imperfeita ou inadequada.

51. Espetáculo capaz de perverter ou ofender o pudor: *espetáculo* é uma representação teatral ou exibição de cinema ou televisão. *Perverter* significa corromper ou depravar. *Ofender o pudor* quer dizer envergonhar. Assim, é preciso que o menor vá com habitualidade a espetáculos que exibam cenas depravadas ou despudoradas, de modo a poder ser prejudicada sua formação moral.

52. Especialidade: se o menor trabalhar diretamente no espetáculo, em cena de sexo explícito ou pornografia, configura-se crime do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 240: “Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1.º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coagem, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente

nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar. § 2.º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la; II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento”).

53. Casa de prostituição: é o lugar destinado ao comércio habitual de relacionamento sexual. Não pode, naturalmente, o menor morar ou trabalhar nesse lugar, o que seria drástico para sua formação moral.

54. Mendigo que excita a comiseração alheia: é o pedinte que tem por finalidade receber esmola de outrem. *Comiseração pública* é a piedade ou compaixão provocada na sociedade.

55. Elemento subjetivo do tipo: neste caso, está presente, ainda, o elemento subjetivo específico, que é a vontade de despertar a piedade alheia.

Capítulo IV

DOS CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER,¹ TUTELA OU CURATELA

Induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes

Art. 248. Induzir^{1-A-3} menor de 18 (dezoito) anos, ou interdito,⁴ a fugir⁵ do lugar em que se acha por determinação de quem sobre ele exerce autoridade, em virtude de lei ou de ordem judicial;⁶ confiar a outrem sem ordem do pai, do tutor ou do curador⁷ algum

menor de 18 (dezoito) anos ou interdito, ou deixar, sem justa causa,⁸ de entregá-lo a quem legitimamente⁹ o reclame.¹⁰⁻¹¹

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

1. Terminologia atual: após a edição do novo Código Civil, passou-se a adotar a expressão *poder familiar*, uma vez que não cabe somente ao pai o comando da educação dos filhos.

1-A. Análise do núcleo do tipo: *induzir* significa dar a idéia ou inspirar. O objeto é o menor de 18 anos ou interdito. Associa-se à conduta de *fugir* (escapar ou afastar-se). A segunda figura típica cuida de *confiar*, querendo dizer entregar em confiança, menor de 18 anos ou interdito, a outrem, ou *deixar de entregá-lo* (reter ou segurar) a quem de direito. Trata-se de tipo misto *cumulativo e alternativo*. A primeira conduta (induzir menor ou interdito a fugir) pode ser associada à segunda, que é alternativa (confiar a outrem ou deixar de entregá-lo), configurando dois delitos.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a pessoa que detém a guarda ou exerce sobre o menor ou interdito autoridade. Secundariamente, o menor de 18 anos ou o interdito.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

4. Menor de 18 anos ou interdito: o menor de 18 anos, por força de presunção legal, baseando-se em critério cronológico, é considerado imaturo para decidir seu próprio destino, enquanto o interdito é a pessoa que está sob interdição, impossibilitado de reger sua pessoa e seus bens, sendo

natural não poder decidir onde deve viver, afastando-se do seu curador ou responsável legal.

5. Necessidade da fuga: a doutrina majoritária sustenta ser indispensável a fuga do menor ou do interdito para configurar o delito (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 465; Noronha, *Direito penal*, v. 3, p. 340), inclusive exigindo período razoável de afastamento na clandestinidade. Não cremos acertada essa postura. O crime não é condicionado como o induzimento ao suicídio, que só é punível caso a vítima efetivamente se suicide ou termine com lesões graves. Trata-se de delito formal, e o mero induzimento já configura o crime contra o poder familiar (na antiga concepção, o pátrio poder), tutela ou curatela, desde que seja suficiente para formar a opinião do menor ou do interdito. Assim, se essas pessoas forem realmente induzidas e estejam tentando escapar quando forem surpreendidas, o delito está configurado para quem as convenceu a fazê-lo. É crime de perigo, pois retirar o menor ou o interdito da esfera de quem legalmente o protege pode conduzi-lo a situações danosas, além de atingir diretamente o poder familiar (na antiga concepção, o pátrio poder), a tutela ou a curatela. Não vemos razão para aguardar que o menor ou o interdito escape, efetivamente, do local onde deve permanecer para punir o agente indutor. O comando da norma penal é a proibição de inspirar menores ou interditos a fugir de seus pais ou guardas. Depois que eles estiverem convencidos a fazê-lo, torna-se mais difícil controlar o que lhes pode acontecer. Por isso, o crime é de atividade, e não de resultado. Acrescente-se, ainda, que a indução deve ser para que a fuga seja realizada pelo próprio menor ou interdito. Caso o convencimento seja para que a vítima acompanhe o agente, trata-se de subtração de incapazes (art. 249).

6. **Lugar específico:** tanto o menor quanto o interdito devem permanecer no local designado pela pessoa que sobre eles possui autoridade legal ou judicial, isto é, advinda da própria lei (poder familiar) ou de ordem proferida por juiz de direito (curatela).

7. **Elemento normativo do tipo:** *sem ordem do pai, do tutor ou do curador* é elemento da ilicitude introduzido no tipo penal, transformando-se em elementar. Assim, quando não houver autorização, configura-se o crime, mas, existindo, é fato atípico.

8. **Elemento normativo do tipo:** *sem justa causa* também é elemento da ilicitude colocado no tipo penal. Se porventura houver motivo para a entrega não ser feita (ex.: o menor está convalescendo de uma enfermidade e necessita de mais alguns cuidados), o crime deixa de se configurar.

9. **Elemento normativo do tipo:** na mesma conduta existem dois elementos normativos relativos à ilicitude. O primeiro, já visto (“sem justa causa”), compõe com este (“legitimamente”) o contexto do delito. É exigível ser a pessoa que deseja receber o menor ou o interdito *legalmente* habilitada a reclamá-lo. Assim, o fato de ser pai, por exemplo, não confere, automaticamente, o direito de reclamar a entrega do filho menor de 18 anos, caso seja a mãe a guardiã legal do filho.

10. **Objetos material e jurídico:** o objeto material é o menor de 18 anos ou o interdito. O objeto jurídico é a proteção ao poder familiar, tutela ou curatela.

11. **Classificação:** trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para o menor ou interdito ou a seus pais, tutores

ou curadores); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (implicando em ação), nas formas “induzir” e “confiar”, e omissivo (implicando em abstenção), na forma “deixar de entregar”. Excepcionalmente pode ser comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) nas modalidades “induzir” e “confiar”, podendo ser permanente (cuja consumação se arrasta no tempo) na forma “deixar de entregar”; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), nas duas primeiras condutas, mas unissubsistente (um ato é suficiente para perfazer a conduta criminosa) na forma omissiva; admite tentativa na modalidade plurissubsistente.

Subtração de incapazes

Art. 249. Subtrair¹²⁻¹⁴ menor de 18 (dezoito) anos ou interdito¹⁵ ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial.¹⁶⁻¹⁸

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.^{19-19-A}

§ 1.º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.²⁰

§ 2.º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.²¹

12. **Análise do núcleo do tipo:** *subtrair* significa retirar, fazer escapar ou afastar. O objeto é o menor de 18 anos ou o interdito.

13. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a pessoa que tem o menor ou o interdito sob sua guarda ou detém autoridade sobre ele. Secundariamente, pode-se considerar também o menor ou o interdito, levado da sua esfera legal de proteção.

14. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

15. Menor de 18 anos ou interdito: ver nota 4 ao artigo anterior.

16. Poder advindo da guarda: pode uma pessoa tornar-se guardião de um menor de 18 anos ou de um interdito, por força de lei (como ocorre com os pais no exercício do poder familiar) ou por ordem judicial (é o que acontece com o curador nomeado pelo magistrado para cuidar do interdito). A idade de 18 anos é o marco escolhido pelo direito penal para fixar a imputabilidade, de modo que aqueles que ainda não a atingiram são presumidamente imaturos.

17. Objetos material e jurídico: o objeto material é o menor ou o interdito. O objeto jurídico é a proteção ao poder familiar, tutela ou curatela.

18. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetiva privação do poder familiar, tutela ou curatela); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“subtrair” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente);

plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

19. Delito subsidiário: somente se pune o agente pela prática de subtração de incapaz, caso não se configure, com a subtração, crime mais grave, como, por exemplo, subtrair o menor, privando-o de sua liberdade, para exigir resgate da família (extorsão mediante seqüestro).

19-A. Confronto com o art. 237 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): preceitua o referido art. 237: “Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”. Portanto, há um conflito aparente de normas em relação ao art. 249 do Código Penal. Resolve-se, nesse caso, com a utilização de três critérios, concomitantemente: a) subsidiariedade: prevalece o art. 237, pois o art. 249 estabelece, no preceito sancionador, o seu caráter de tipo de reserva (“se o fato não constitui elemento de outro crime”); b) especialidade: prevalece o art. 237, uma vez que há uma finalidade específica por parte do agente (“com o fim de colocação em lar substituto”); c) sucessividade: prevalece, ainda, o art. 237, por se tratar de lei mais recente.

20. Norma explicativa: estabelece o § 1.º que o pai – inclua-se também a mãe –, o tutor ou o curador, *desde que* destituídos ou privados temporariamente do poder familiar, tutela, curatela ou guarda (coloca-se esta porque o pai pode perder a guarda para a mãe, mas não o poder familiar), podem ser agentes deste crime. Se não existisse o parágrafo, cremos que seria cabível, do mesmo modo, a punição, embora pudesse haver controvérsias. Por tal razão, fez-se a devida explicação.

21. Perdão judicial: quando o agente devolver o menor ou o interdito a quem de direito sem que tenha sofrido qualquer tipo de privação ou maus-tratos, pode o juiz deixar de aplicar a pena, isto é, aplicar-lhe o perdão judicial, que é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX, CP). Noronha, referindo-se à crítica feita por Romão de Lacerda (*Direito penal*, v. 3, p. 341), não compreende qual a razão de o legislador ter inserido o perdão judicial no art. 249 – que reputa mais grave –, não o fazendo igualmente no art. 248, que possui pena mais branda. Cremos que uma das explicações plausíveis para tal ter-se dado é que a subtração do incapaz faz com que o agente mantenha, de certo modo, o menor ou o

interdito sob a sua esfera de proteção. Logo, é possível restituí-lo a quem de direito. No caso do art. 248, quando convence o menor ou o interdito a fugir, não se sabe para onde o incapaz vai e o que irá fazer, de forma que fica praticamente impossível conduzi-lo de volta a lugar seguro. O mesmo se diga da conduta de “confiar o incapaz a terceiro”, pois o agente perde o contato com o menor ou interdito. Na última figura não teria mesmo cabimento falar em perdão, pois a negativa do agente é de restituir o menor, o que não poderia dar margem à aplicação do perdão (“restituir incapaz são e salvo”). Não é, pois, despropositada a ausência do perdão judicial no contexto do art. 248.

Dos crimes contra a incolumidade pública

Capítulo I

DOS CRIMES DE PERIGO COMUM¹

1. Conceito de crimes de perigo; perigo concreto e abstrato; perigo individual e coletivo: ver notas introdutórias ao Capítulo III, Título I, Parte Especial (“Da periclitación da vida e da saúde”).

Incêndio

Art. 250. Causar²⁻⁴ incêndio,⁵ expondo a perigo⁶ a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:⁷⁻¹¹

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1.º As penas aumentam-se de um terço:¹²

I – se o crime é cometido com intuito¹³ de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II – se o incêndio é:¹⁴

a) em casa habitada ou destinada a habitação;¹⁵

b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;¹⁶

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;¹⁷

d) em estação ferroviária ou aeródromo;¹⁸

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;¹⁹

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;²⁰

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;²¹

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.²²

Incêndio culposo

§ 2.º Se culposo²³ o incêndio, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

2. Análise do núcleo do tipo: *causar* significa provocar, dar origem ou produzir. O objeto da conduta é incêndio. Compõe-se com *expor* (arriscar), que, em verdade, já contém o fator perigo, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, complementa-se o tipo exigindo o perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem.

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Trata-se, pois, de crime vago. É certo que pessoas determinadas podem sofrer diretamente o perigo, embora não seja indispensável identificá-las para que o agente possa ser punido.

4. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico. A forma culposa é punida no § 2.º.

5. Incêndio: é o fogo intenso que tem forte poder de destruição e de causação de prejuízos.

6. Expondo a perigo: trata-se de situação que evidencia o risco iminente de dano. O perigo, segundo nos parece, é constituído de uma hipótese e de um trecho da realidade. No caso presente, o tipo penal está exigindo a prova de uma situação de perigo, não se contentando com mera presunção, nem simplesmente com a conduta (“causar

incêndio”), razão pela qual cuida-se de *perigo concreto*.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é a substância ou objeto incendiado. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

8. Crime de atividade ou de resultado, conforme o caso: nos crimes de perigo, partindo-se do pressuposto de que o perigo possui existência física, embora não seja tão nítida quanto a apresentada pelo dano, cremos que o crime de perigo abstrato é de atividade, ou seja, de mera conduta ou formal, conforme o caso, sem necessidade de se provar um resultado naturalístico. Por outro lado, o crime de perigo concreto é de resultado (material), sendo indispensável, para sua consumação, a prova do risco iminente de dano surgido para alguém, ainda que não seja pessoa identificada.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva ocorrência de dano para alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, mas precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários

atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

10. Exame pericial: é necessário. Preceitua o art. 173 do Código de Processo Penal que, “no caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato”.

11. Concurso de crimes: parece-nos perfeitamente admissível a possibilidade de haver concurso entre o delito do art. 250, que protege a incolumidade pública, exigindo um incêndio (fogo de grandes proporções), colocando em risco a vida ou a integridade física de pessoas, bem como o patrimônio alheio, com o crime do art. 171, § 2.º, V (modalidade de estelionato que prevê a destruição de coisa própria para obter valor de seguro), que protege o patrimônio da seguradora. No primeiro caso, gerou-se perigo comum a inúmeras pessoas, enquanto na segunda situação há o dano ao patrimônio individualizado de uma empresa. Não são incompatíveis as duas ocorrências, nem há *bis in idem*. É certo que, se o ânimo de lucro já foi utilizado para tipificar o crime do art. 171, § 2.º, V, cremos que o incêndio deve ser punido na modalidade simples.

12. Causa de aumento da pena: configuradas as hipóteses dos incisos do § 1.º e sendo o incêndio doloso, aplica-se um aumento de um terço na pena.

13. Finalidade específica: configura-se quando há intuito especial do agente na obtenção de vantagem (ganho, lucro) pecuniária (realizável em dinheiro ou conversível em dinheiro) para seu proveito ou

de terceiro. É o elemento subjetivo do tipo específico. Há posição sustentando não ser admissível a configuração da causa de aumento quando o agente atuar mediante paga, isto é, tendo recebido dinheiro *antes* de causar o incêndio (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 468). Não vemos razão, no entanto, para tal posição, uma vez que a interpretação extensiva, para buscar o real conteúdo da norma, merece ter lugar. A obtenção de vantagem pecuniária é a origem da causa de aumento, pouco importando se ela foi auferida antes ou depois da prática do delito. O objetivo da elevação da pena é o ânimo de lucro, algo que pode ocorrer tanto no caso de paga quanto no de promessa de recompensa, pois há, por parte do agente, “intuito de obter vantagem pecuniária”. Aliás, se ele receber a vantagem ou não, o crime comporta o agravamento da pena do mesmo modo, razão pela qual não se há de negar que o recebimento anterior não afasta o “intuito de lucro” que move o incendiário.

14. Razão do aumento: em todas as hipóteses do inciso há possibilidade de se encontrar grande quantidade de pessoas, o que aumenta consideravelmente o risco de dano. Além disso, em determinados locais, o risco de propagação do incêndio é bem maior, como ocorre em depósitos de explosivo, combustível ou inflamável, poços de petróleo, galerias de mineração, lavouras, pastagens, matas ou florestas.

15. Casa habitada ou destinada a habitação: *casa* é o edifício destinado a servir de moradia a alguém. Estar *habitada* significa que se encontra ocupada, servindo, efetivamente, de residência a uma ou mais pessoas. Ser *destinada a habitação* quer dizer um prédio reservado para servir de moradia a alguém, embora possa estar desocupado. A cautela do tipo penal, ao

mentonar as duas formas (“habitada” e “destinada a habitação”), deve-se ao fato de a casa poder estar ocupada por alguém ou não. Assim, configura-se a causa de aumento ainda que seja uma residência de veraneio, desocupada, pois é destinada a habitação.

16. Edifício público ou destinado ao público: quando o prédio for de propriedade do Estado ou tiver destinação pública, isto é, finalidade de atender a um grande número de pessoas (ex.: teatros, prédios comerciais em horário de expediente, estádios de futebol). Inclui-se nesta última hipótese a utilização por obra de assistência social ou cultural, porque não deixa de ser uma utilidade pública.

17. Embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo: *embarcação* é toda construção destinada a navegar sobre a água; *aeronave* é “todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas” (art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica); *comboio* significa trem; *veículo de transporte coletivo* é qualquer meio utilizado para conduzir várias pessoas de um lugar para outro (ônibus, por exemplo).

18. Estação ferroviária ou aeródromo: *estação ferroviária* é o local onde se processam o embarque e desembarque de passageiros ou cargas de trens; *aeródromo* é o aeroporto, isto é, área destinada a pouso e decolagem de aviões. Não abrange, obviamente, rodoviárias e portos.

19. Estaleiro, fábrica ou oficina: *estaleiro* é o local onde se constroem ou consertam navios; *fábrica* é o estabelecimento industrial destinado à produção de bens de consumo e de produção; *oficina* é o local

onde se executam concertos de um modo geral.

20. Depósito de explosivo, combustível ou inflamável: *depósito* é o lugar onde se guarda ou armazena alguma coisa. *Explosivo* é a substância capaz de estourar; *combustível* é a substância que tem a propriedade de se consumir em chamas; *inflamável* é a substância que tem a propriedade de se converter em chamas.

21. Poço petrolífero ou galeria de mineração: *poço petrolífero* é a cavidade funda, aberta na terra, que atinge lençol de combustível líquido natural; *galeria de mineração* é a passagem subterrânea, extensa e larga, destinada à extração de minérios.

22. Lavoura, pastagem, mata ou floresta: *lavoura* é plantação ou terreno cultivado; *pastagem* é o terreno onde há erva para o gado comer; *mata* é o terreno onde se desenvolvem árvores silvestres; *floresta* é o terreno onde há grande quantidade de árvores unidas pelas copas. Esta figura está derogada pelo art. 41 da Lei 9.605/98, no tocante a causar incêndio em mata ou floresta. Aplicam-se os princípios da especialidade e da sucessividade. Restam, apenas, os incêndios provocados em lavoura e pastagem.

23. Figura culposa: demanda-se, neste caso, a comprovação de ter agido o incendiário com imprudência, negligência ou imperícia, infringindo o dever de cuidado objetivo, bem como tendo previsibilidade do resultado. A pena é sensivelmente menor.

Explosão

Art. 251. Expor²⁴⁻²⁶ a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão,²⁷ arremesso²⁸ ou simples

colocação²⁹ de engenho de dinamite³⁰ ou de substância de efeitos análogos:³¹⁻³³

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:³⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 2.º As penas aumentam-se³⁵ de 1/3 (um terço), se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1.º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no n. II do mesmo parágrafo.

Modalidade culposa

§ 3.º No caso de culpa, se a explosão³⁶ é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

24. Análise do núcleo do tipo: *expor* (arriscar), em verdade, já contém o fator perigo, ínsito no seu significado, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, o tipo penal explicita que a exposição é a perigo voltado à vida, à integridade física ou ao patrimônio de alguém. As formas de concretizá-lo são através de explosão, arremesso e colocação de engenho de dinamite ou substância análoga.

25. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

26. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

27. Explosão: é o abalo seguido de forte ruído causado pelo surgimento repentino de uma energia física ou expansão de gás.

28. Arremesso: é o efeito de atirar para longe, com força, alguma coisa.

29. Simples colocação: é a aposição do engenho em algum lugar, de maneira singular, isto é, sem necessidade de preparação para detonar. Nessa hipótese, pelo perigo que a bomba em si representa, pune-se a conduta do agente.

30. Engenho de dinamite: é um aparelho ou maquinismo envolvendo explosivo à base de nitroglicerina.

31. Substância de efeitos análogos: é a interpretação analógica, significando que qualquer outro artefato, semelhante a um engenho de dinamite, serve para configurar o tipo penal.

32. Objetos material e jurídico: o objeto material é o engenho de dinamite ou substância análoga. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

33. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, trata-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em

perigo, mas precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

34. Tipo privilegiado: quando a substância explosiva não é dinamite – considerada pelo legislador mais perigosa do que outras – ou análoga a esta (ex.: utilização de pólvora), a pena diminui nos patamares mínimo e máximo.

35. Causa de aumento: eleva-se em um terço a pena se acontecerem as seguintes hipóteses, no caso de explosão: a) houver o intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio (art. 250, § 1.º, I); b) atingir ou tiver por fim atingir casa habitada ou destinada a habitação, edifício público ou destinado ao público ou a obra assistencial ou cultural, embarcação, aeronave, comboio, veículo de transporte coletivo, estação ferroviária, aeródromo, estaleiro, fábrica, oficina, depósito de explosivo, combustível ou inflamável, poço petrolífero, galeria de mineração, lavoura, pastagem, mata ou floresta (art. 250, § 1.º, II).

36. Figura culposa: neste caso, havendo imprudência, negligência ou imperícia, com resultado previsível ao agente, pune-se a forma culposa, embora o tipo penal só tenha levado em conta a *explosão*, e não o arremesso ou colocação.

Uso de gás tóxico ou asfixiante

Art. 252. Expor³⁷⁻³⁹ a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante:⁴⁰⁻⁴²

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:⁴³

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

37. Análise do núcleo do tipo: *expor* (arriscar), como já visto, já contém o fator perigo, ínsito no seu significado, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, o tipo penal explicita que a exposição deve colocar em perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de alguém. A forma de concretizá-lo é a utilização de gás tóxico ou asfixiante.

38. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

39. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

40. Gás tóxico ou asfixiante: *gás tóxico* é o fluido compressível que envenena; *gás asfixiante* é o produto químico que provoca sufocação no organismo.

41. Objetos material e jurídico: o objeto material é o gás tóxico ou asfixiante. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

42. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, cuida-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo

por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, mas precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

43. Tipo culposo: se, ao invés de dolo, houver imprudência, negligência ou imperícia, com previsibilidade do resultado pelo agente, pune-se o agente culposamente. A pena é consideravelmente reduzida.

Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante

Art. 253. Fabricar,⁴⁴⁻⁴⁶ fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade,⁴⁷ substância ou engenho explosivo,⁴⁸ gás tóxico ou asfixiante,⁴⁹ ou material destinado à sua fabricação.⁵⁰⁻⁵²

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

44. Análise do núcleo do tipo: *fabricar* (construir ou manufaturar); *fornecer* (dar ou prover); *adquirir* (obter ou comprar); *possuir* (ter a posse de algo ou usufruir); *transportar* (levar de um lugar a outro ou conduzir). O objeto é substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante ou material destinado à sua fabricação. É tipo misto alternativo, isto é, a prática de uma ou mais condutas implica

na realização de um único crime, desde que em idêntico contexto fático.

45. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

46. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

47. Elemento normativo do tipo: *sem licença da autoridade* é elemento da ilicitude levado para dentro do tipo. É preciso que se saiba quais são as hipóteses em que existe tal licença, a fim de verificar a concretização do delito. Pode-se, pois, falar em *norma penal em branco*.

48. Substância ou engenho explosivo: é a substância inflamável, capaz de produzir explosão (abalo seguido de forte ruído causado pelo surgimento repentino de uma energia física ou expansão de gás). Ver, também, a nota 30 ao art. 251.

49. Gás tóxico ou asfixiante: ver nota 40 ao art. 252.

50. Material destinado à sua fabricação: significa qualquer substância destinada à construção de alguma coisa. No caso deste tipo penal, trata-se de material voltado à fabricação de substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante. Não é preciso que a substância só possa ser usada para o fabrico de explosivo, mas que, em determinado contexto, seja usada para tal fim.

51. Objetos material e jurídico: o objeto material é a substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante ou material destinado à sua fabricação. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

52. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um risco iminente de dano para alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “fabricar”, “fornecer” e “adquirir”, mas permanente (cuja consumação se prolonga no tempo) nas modalidades “possuir” e “transportar”; de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, sendo presumido pelo legislador); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; não admite tentativa, pois já é uma exceção, onde se punem os atos preparatórios do crime de explosão e do uso de gás tóxico ou asfixiante.

Inundação

Art. 254. Causar⁵³⁻⁵⁵ inundação,⁵⁶ expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:⁵⁷⁻⁵⁸

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, no caso de culpa.

53. Análise do núcleo do tipo: *causar* significa provocar, dar origem ou produzir. O objeto da conduta é inundação. Compõe-

se com *expor* (arriscar), que, em verdade, já contém o fator perigo, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, complementa-se o tipo exigindo o perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem.

54. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

55. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico. Pune-se a culpa, com penas substancialmente menores.

56. Inundação: trata-se de um alagamento ou uma enchente. Interessante anotar a observação de Hungria: “Entende-se por *inundação* o alagamento de um local de notável extensão, não destinado a receber águas (...), sendo necessário que não esteja mais no poder do agente dominar a força natural das águas, cujo desencadeamento provocou, criando uma situação de perigo comum” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 48-49).

57. Objetos material e jurídico: o objeto material é a água liberada em grande quantidade. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

58. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcional-

mente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, mas precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, na forma plurissubsistente e desde que não seja na modalidade culposa.

Perigo de inundação

Art. 255. Remover,⁵⁹⁻⁶¹ destruir ou inutilizar, em prédio⁶² próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural⁶³ ou obra destinada a impedir inundação:⁶⁴⁻⁶⁶

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

59. Análise do núcleo do tipo: *remover* (mudar de um lugar para outro ou afastar), *destruir* (arruinar ou fazer desaparecer) ou *inutilizar* (tornar inútil ou invalidar) são condutas que se compõem com o verbo *expor*, que, como já dissemos, significa arriscar. Em verdade, já contém o fator perigo, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, complementa-se o tipo exigindo o perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem. Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, o cometimento de uma ou mais condutas provoca a punição por um único crime, desde que no mesmo contexto fático.

60. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

61. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

62. Prédio: é o edifício ou casa (construção de alvenaria ou madeira, ocupando certo espaço de terreno e limitada por teto e paredes, destinando-se a servir de moradia ou comércio).

63. Obstáculo natural: é barreira ou impedimento produzido pela natureza, como morros ou rochedos.

64. Obra destinada a impedir inundação: é a construção sólida realizada pelo ser humano com a finalidade de servir de barragem à força das águas, como os diques.

65. Objetos material e jurídico: o objeto material é o obstáculo natural ou a obra destinada a impedir inundação. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

66. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de

perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, mas precisa ser provado); unisubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; não admite tentativa, pois é fase preparatória do crime de inundação, excepcionalmente tipificada.

Desabamento ou desmoronamento

Art. 256. Causar⁶⁷⁻⁶⁹ desabamento ou desmoronamento,⁷⁰ expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:⁷¹⁻⁷²

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposos:⁷³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

67. Análise do núcleo do tipo: *causar* significa provocar, dar origem ou produzir. O objeto da conduta é desabamento ou desmoronamento. Compõe-se com *expor* (arriscar), que, em verdade, já contém o fator perigo, podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. Ainda assim, complementa-se o tipo exigindo o perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem.

68. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade. Pode ser, ainda, a pessoa diretamente prejudicada pelo desabamento ou desmoronamento.

69. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico. A forma culposa está prevista no parágrafo único.

70. Desabamento e desmoronamento: *desabar* significa ruir ou cair (refere-se a construções de um modo geral); *desmoronar* quer dizer vir abaixo ou soltar-se (refere-se a morros, pedreiras ou semelhantes).

71. Objetos material e jurídico: o objeto material é a construção, morro, pedreira ou semelhante. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

72. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, trata-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, mas precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

73. Figura culposa: pune-se o agente que agir com imprudência, negligência ou

imperícia, tendo possibilidade de prever o resultado, que é o desabamento ou desmoronamento.

Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento

Art. 257. Subtrair,⁷⁴⁻⁷⁶ ocultar ou inutilizar, por ocasião⁷⁷ de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate⁷⁸ ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:⁷⁹⁻⁸⁰

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

74. Análise do núcleo do tipo: *subtrair* (tirar ou apoderar-se), *ocultar* (esconder ou encobrir) e *inutilizar* (tornar inútil ou danificar) são as condutas que têm por objeto aparelho, material ou outro meio destinado ao serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento. *Impedir* (colocar obstáculo ou embaraçar) e *dificultar* (tornar mais custoso) conjugam-se com serviço de tal natureza. É tipo misto alternativo, querendo significar que a prática de uma ou mais condutas consome-se num único crime, desde que no mesmo contexto fático.

75. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

76. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

77. Ocasão especial: o delito só tem lugar se praticado durante a ocorrência de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade.

78. Aparelho, material ou outro meio destinado a serviço de combate: é indispensável que o instrumento seja *especificamente* voltado ao combate a perigo, à prestação de socorro ou ao salvamento ou *manifestamente* adequado ao serviço de debelação do perigo ou de salvamento, como bombas de incêndio, alarmes, extintores, salva-vidas, escadas de emergência, medicamentos etc. Acompanhamos, nesse prisma, a posição de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 54).

79. Objetos material e jurídico: o objeto material é o aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento. O objeto jurídico é a incolumidade pública.

80. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um risco iminente de dano para alguém). Havendo dano, cuida-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), nas formas “subtrair”, “inutilizar”, “impedir” e “dificultar”, mas permanente (cuja consumação se prolonga no tempo) na modalidade “ocultar”; de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, não precisando ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos,

permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, na forma plurissubsistente.

Formas qualificadas de crime de perigo comum⁸¹

Art. 258. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de 1/2 (metade); se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de 1/2 (metade); se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de 1/3 (um terço).

81. Crime qualificado pelo resultado: o dolo de perigo, na conduta antecedente, somente se compatibiliza com a culpa, na conduta consequente. Portanto, havendo inicialmente dolo de perigo, somente se aceita, quanto ao resultado qualificador, culpa. No tocante à conduta antecedente culposa, é natural que o resultado mais grave possa ser, também, imputado ao agente a título de culpa, pois inexistente incompatibilidade. Na jurisprudência: STJ: “Os crimes de perigo comum são qualificados pelo resultado, nos termos do art. 258 do Código Penal. Exige-se dolo ou culpa na conduta antecedente, devendo a conduta consequente ser culposa. Dessa forma, incabível a tese defensiva de que inexistiu dolo na conduta consequente, visto que se existisse o *animus necandi* seria um crime contra a vida e não crime de incêndio” (REsp 945.311-SP, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 27.03.2008, v. u.).

Difusão de doença ou praga

Art. 259. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.⁸²

82. Confronto com o art. 61 da Lei 9.605/98: preceitua o art. 61: “Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. Sobre o tema, ao comentar o mencionado artigo em nossa obra *Leis penais e processuais penais comentadas*, escrevemos o seguinte: “Prevalece o art. 61 da Lei 9.605/98 não somente por ser lei especial, mas também por ser a mais recente. Revogado está, implicitamente, o art. 259, que, aliás, é menos abrangente que o art. 61. Há, na verdade, uma alteração importante. Afastado o art. 259, deixa de subsistir a forma culposa nele prevista, mas não repetida no art. 61 desta Lei. Logo, se a disseminação se der por imprudência do agente, por exemplo, é fato atípico”.

Capítulo II DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

Perigo de desastre ferroviário

Art. 260. Impedir¹⁻³ ou perturbar serviço de estrada de ferro:⁴⁻⁶

I – destruindo,⁷ danificando ou desarranjando, total ou parcialmente,⁸ linha férrea,⁹ material rodante¹⁰ ou de tração,¹¹ obra-de-arte¹² ou instalação;¹³

II – colocando¹⁴ obstáculo na linha;¹⁵

III – transmitindo¹⁶ falso aviso¹⁷ acerca do movimento dos veículos ou interrompendo

ou embarçando o funcionamento de telégrafo,¹⁸ telefone¹⁹ ou radiotelegrafia;²⁰

IV – praticando outro ato de que possa resultar desastre;²¹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Desastre ferroviário

§ 1.º Se do fato resulta desastre:²²

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 2.º No caso de culpa, ocorrendo desastre:²³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 3.º Para os efeitos deste artigo,²⁴ entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

1. Análise do núcleo do tipo: *impedir* significa impossibilitar a execução ou obstar; *perturbar* quer dizer causar embaraço ou dificuldade. O objeto das condutas é o serviço de estrada de ferro, compondo-se com as ações descritas nos incisos. É tipo misto alternativo, isto é, a prática de uma ou mais condutas implica no cometimento de um único delito, desde que no mesmo contexto fático.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa, se não houver o resultado qualificador (ver § 2.º).

4. Serviço de estrada de ferro: é o desempenho de trabalho ou a prestação de auxílio referente a qualquer “via de comu-

nicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo” (conforme § 3.º).

5. Objetos material e jurídico: o objeto material é linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação, telégrafo, telefone ou radiotelegrafia. O objeto jurídico é a incolumidade pública, voltada, especificamente, para a segurança dos meios de comunicação, transportes e outros serviços públicos.

6. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano para alguém). Havendo dano, trata-se de exaurimento. É a figura qualificada pelo resultado; de forma vinculada (só pode ser cometido pelos meios eleitos pelo tipo penal); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que necessita ser provado); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

7. Análise das condutas complementares ao tipo: *destruir* (arruinar ou fazer desaparecer); *danificar* (causar dano ou deteriorar); *desarranjar* (alterar a boa ordem ou embarçar), tendo por objeto linha férrea, material rodante ou de tração, obra-de-arte ou instalação.

8. Total ou parcialmente: significa que a destruição, danificação ou desarranjo pode ser completo ou incompleto, dando margem, de qualquer forma, à configuração do crime.

9. Linha férrea: é a via permanente fixa consubstanciada em trilhos, destinada à passagem de material rodante. É bem verdade que *linha férrea* pode ser considerada genericamente, também, o serviço de estrada de ferro, mas, na hipótese deste inciso, é mais adequado o conceito restrito, porque o tipo menciona, separadamente, os demais componentes da linha, que são o material rodante ou de tração, as obras e as instalações.

10. Material rodante: são os veículos ferroviários, que compreendem os de tração, como as locomotivas, e os rebocados, como os carros de passageiros e vagões de carga.

11. Material de tração: trata-se de elemento já contido no termo anterior (“material rodante”). É o veículo ferroviário que serve de tração para os demais. Na composição ferroviária, trata-se da locomotiva ou automotriz.

12. Obra-de-arte: são as estruturas que se repetem ao longo de uma estrada ou linha férrea, tais como pontes, viadutos, túneis, muros de arrimo e outros.

13. Instalação: é o conjunto de aparelhos ou de peças que possui certa utilidade. No caso deste inciso, são os sinais da linha férrea, cabos, cancelas, entre outros.

14. Análise da conduta complementar ao tipo: *colocar* significa situar ou pôr em algum lugar. O objeto é obstáculo na linha do trem.

15. Obstáculo: é a barreira ou impedimento, que pode ser de qualquer espécie.

16. Análise das condutas complementares ao tipo: *transmitir* quer dizer enviar ou mandar de um lugar ao outro; *interromper* significa provocar a suspensão da continuidade de alguma coisa; *embaraçar* quer dizer causar impedimento ou perturbar. Os objetos podem ser, respectivamente, falso aviso sobre movimentação de veículos ou telégrafo, telefone ou radiotelegrafia.

17. Falso aviso: é a notícia que não corresponde à realidade.

18. Telégrafo: é o sistema de transmissão de mensagens entre pontos diversos, através do envio de sinais.

19. Telefone: é o aparelho que serve para transmitir a palavra falada a certa distância.

20. Radiotelegrafia: é a telegrafia sem fio, por ondas eletromagnéticas.

21. Outro ato de que possa resultar desastre: trata-se de interpretação analógica, isto é, o tipo penal fornece exemplos de condutas que causam perigo ao serviço de transportes, capazes de gerar desastre, para, depois, generalizar, através do emprego de um processo de semelhança, para “outro ato” que possa causar acidente ou grande prejuízo. Imagine-se, pois, a conduta de quem embaraça a transmissão de um fac-símile.

22. Crime qualificado pelo resultado: sendo as primeiras condutas determinadas pelo dolo de perigo, somente se admite, na sequência, a modalidade culposa. Portanto, o desastre (acidente, com grave prejuízo e de larga extensão) há de ser causado por imprudência, negligência ou imperícia, havendo previsibilidade do resultado. Se a conduta principal (ex.: perturbar serviço de estrada de ferro) causar a morte de uma

pessoa apenas – que não pode ser considerada um *desastre* –, a melhor hipótese de tipificação é de homicídio culposos.

23. Crime qualificado pelo resultado: neste caso, as primeiras condutas são causadas por culpa (imprudência, negligência ou imperícia), sendo natural exigir-se que a sequência também seja determinada pelo mesmo elemento subjetivo, ou seja, culpa. Observe-se, no entanto, que a modalidade culposa está restrita ao advento do efeito “desastre”, isto é, as figuras descritas no art. 260, *caput* e parágrafos, somente são puníveis por culpa se houver o evento qualificador.

24. Norma penal explicativa: fornece o legislador o conceito de estrada de ferro, a encaixar-se no *caput*.

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261. Expor²⁵⁻²⁷ a perigo embarcação²⁸ ou aeronave,²⁹ própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:³⁰⁻³²

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1.º Se do fato resulta³³ naufrágio, submersão ou encalhe³⁴ de embarcação ou a queda ou destruição³⁵ de aeronave:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Prática do crime com o fim de lucro

§ 2.º Aplica-se,³⁶ também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com o intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Modalidade culposa

§ 3.º No caso de culpa,³⁷ se ocorre o sinistro:³⁸

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

25. Análise do núcleo do tipo: *expor* (arriscar) é conduta que já contém o fator perigo (causação de risco iminente de dano), podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. O objeto é embarcação ou aeronave. A segunda conduta é *praticar*, que significa realizar ou concretizar, tendo por objeto ato tendente a impedir (obstar) ou dificultar (tornar mais custosa) navegação marítima, fluvial ou aérea. Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, a realização de uma ou mais condutas implica na concretização de um único crime, desde que no mesmo contexto fático. Cuida-se de norma penal em branco, sendo indispensável buscar-se o complemento em regulamentos específicos para a navegação de embarcações e aeronaves (ver a nota 30-A abaixo).

26. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

27. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa, salvo se houver sinistro (§ 3.º).

28. Embarcação: é a construção destinada a navegar sobre a água.

29. Aeronave: é “todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas” (art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

30. Navegação marítima, fluvial e aérea: é o percurso realizado em embarcação por mar (marítima), por rio (fluvial) ou, em aeronave, por ar, normalmente conduzindo algo ou alguém de um ponto a outro. Não envolve a navegação lacustre, porque o art. 262 a abrange.

30-A. Itens prejudiciais à navegação aérea: o Regulamento Brasileiro de Homologação Aeronáutica (RBHA) n. 121, aprovado pela Portaria 483/DGAC, de 20 de março de 2003, publicado no DOU 76, de 22 de abril de 2003, constitui complemento a este tipo penal, estipulando os critérios e os aparelhos permitidos e proibidos na navegação aérea. São liberados em todas as fases do voo: máquinas fotográficas, flashes, câmaras filmadoras, gravadores de som, aparelhos de marca-passo, relógios eletrônicos, aparelhos auditivos, equipamentos médico-eletrônicos indispensáveis. São aparelhos proibidos durante o voo de cruzeiro: telefones celulares, controles remotos, toca-discos CD, scanners de computador, rádio-transmissores, jogos eletrônicos, microfones sem fio, aparelhos GPS, SABNAV, GNPS e similares. São liberados: computadores (notebook, laptop etc.), agendas eletrônicas, toca-fita cassete, rádio-receptor, calculadoras, barbeadores elétricos e eletrônicos, equipamentos eletrônicos de até 3 volts. São proibidos todos os aparelhos durante o pouso e a decolagem. O objetivo é proteger a aeronave e seus instrumentos de navegação das interferências eletromagnéticas.

31. Objetos material e jurídico: o objeto material é a embarcação ou aeronave. O objeto jurídico é a incolumidade pública, voltada, especificamente, para a segurança dos meios de comunicação, transportes e outros serviços públicos.

32. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido

por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em ocorrer efetivo dano a alguém). Se houver dano, é o exaurimento. Ver figura qualificada pelo resultado descrita nas notas 33 e 37; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que precisa ser provado); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

33. Crime qualificado pelo resultado: o dolo de perigo serve para preencher as condutas previstas no tipo penal, sendo natural exigir-se, para a seqüência (naufrágio, submersão, encalhe, queda ou destruição), apenas a existência de culpa. Afinal, o dolo de perigo é totalmente incompatível com o seqüencial dolo de dano. Quando o delito se realiza, unicamente, na forma de dolo no antecedente e culpa no conseqüente, a doutrina costuma classificá-lo como preterdoloso.

34. Naufrágio, submersão e encalhe: *naufrágio* é a perda da embarcação que vai a pique; *submersão* é o afundamento da embarcação (em tese, pode não haver perda); *encalhe* é ficar em lugar seco.

35. Queda e destruição: *queda* é a descida sobre a terra; *destruição* é a ruína, desaparecimento ou extinção de algo.

36. Figura qualificada: aumenta-se a pena, em abstrato, acrescentando-se a multa, quando a finalidade do agente é a obtenção de vantagem (ganho ou lucro) econômica (resultante em dinheiro ou que possa ser representada, de algum modo, pecuniariamente).

37. Crime qualificado pelo resultado: trata-se de outra figura anômala, quando se pune a forma culposa da conduta descrita no *caput* somente quando houver resultado qualificador. Assim, a mera exposição a perigo, sem haver sinistro, quando efetivada por imprudência, negligência ou imperícia, é atípica.

38. Sinistro: significa desastre, dano ou grande prejuízo.

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262. Expor³⁹⁻⁴¹ a perigo outro meio de transporte público,⁴² impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento;⁴³⁻⁴⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1.º Se do fato⁴⁵ resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2.º No caso de culpa,⁴⁶ se ocorre desastre:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

39. Análise do núcleo do tipo: *expor* (arriscar) é conduta que já contém o fator perigo (causação de risco iminente de dano), podendo-se dizer que “expor alguém” é colocar a pessoa em perigo. O objeto é qualquer outro meio de transporte não previsto nas hipóteses anteriormente descritas. Há, ainda, as seguintes condutas: *impedir* (obstar ou interromper) e *dificultar* (tornar mais custoso). Trata-se de tipo misto

alternativo, vale dizer, a realização de uma ou mais condutas implica no cometimento de um único crime, desde que no mesmo contexto fático.

40. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

41. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico e somente se pune a forma culposa quando houver desastre (§ 2.º).

42. Outro meio de transporte público: nas figuras anteriores, os tipos cuidaram de transportes marítimos, fluviais, aéreos e ferroviários. Assim, mais uma vez valendo-se de interpretação analógica, o tipo penal do art. 262 é constituído de um processo de semelhança, significando a inserção de qualquer *outro* meio de transporte, desde que seja público. Assim, podem-se incluir nesse caso o ônibus, os automóveis de aluguel e a navegação lacustre.

43. Objetos material e jurídico: o objeto material é qualquer meio de transporte público não abrangido nos artigos antecedentes. O objeto jurídico é a incolumidade pública, voltada, especificamente, para a segurança dos meios de comunicação, transporte e outros serviços públicos.

44. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em haver efetivo dano para alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissi-

vo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que precisa ser provado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

45. Crime qualificado pelo resultado: o dolo de perigo, exigível na conduta descrita no *caput*, somente se compatibiliza com a conduta culposa na conduta seqüencial. Por isso, havendo desastre (acidente de vasta proporção, com grande prejuízo), exige-se, quanto a este, imprudência, negligência ou imperícia, com previsibilidade do resultado.

46. Crime qualificado pelo resultado: trata-se de forma anômala, punindo-se a conduta prevista no *caput* a título de culpa *somente* se houver resultado qualificador.

Forma qualificada⁴⁷

Art. 263. Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.

47. Tipo remetido: o art. 263 faz remissão ao art. 258, significando que, em havendo desastre ou sinistro, nos crimes descritos nos arts. 260, 261 e 262, resultando morte ou lesão grave, a pena terá outro acréscimo.

Arremesso de projétil

Art. 264. Arremessar⁴⁸⁻⁵⁰ projétil⁵¹ contra veículo,⁵² em movimento,⁵³ destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:⁵⁴⁻⁵⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Parágrafo único. Se do fato resulta⁵⁶ lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3.º, aumentada de um terço.

48. Análise do núcleo do tipo: *arremessar* significa atirar com força para longe. O objeto é projétil.

49. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

50. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

51. Projétil: é qualquer objeto sólido que serve para ser arremessado, inclusive por arma de fogo.

52. Veículo destinado a transporte público: é qualquer meio dotado de mecanismo, habitualmente utilizado para conduzir pessoas ou cargas de um lugar para outro, de uso comum.

53. Exigência da movimentação: o tipo penal refere-se, expressamente, à necessidade de estar o veículo em deslocamento. Parece-nos, no entanto, que tal expressão não pode ter seu significado restringido, pois o veículo parado num congestionamento está em movimentação, levando pessoas de um local a outro, embora, momentaneamente, não esteja em

marcha. Assim, somente não se configura o tipo penal do art. 264 quando o veículo estiver estacionado.

54. Objetos material e jurídico: o objeto material é o projétil. O objeto jurídico é a incolumidade pública, voltada, especificamente, para a segurança dos meios de comunicação, transporte e outros serviços públicos.

55. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano para alguém). Havendo dano, é o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente. Há posições em sentido contrário, sustentando ser inadmissível o fracionamento da conduta nuclear, consistente em arremessar (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 483; Luiz Regis Prado, *Código Penal anotado*, p. 816). Cremos poder haver, entretanto, em certos casos, possibilidade para a ocorrência da tentativa. Imagine-se o sujeito, seguro pelo braço pela ação de terceiro, no exato momento em

que lança uma pedra contra um ônibus. O projétil pode desviar-se, pelo tranco, caindo ao solo, sem ter sido efetivamente *lançado*. Trata-se de um início de execução, pois ato idôneo e unívoco para atingir o resultado. Admitindo-a também: Paulo José da Costa Júnior (*Direito penal – Curso completo*, p. 582).

56. Crime qualificado pelo resultado: havendo lesão corporal ou morte, em virtude do lançamento de projétil contra o veículo público em movimento, aplica-se pena mais grave por conta do resultado qualificador. Tendo em vista que o dolo de perigo, exigível na conduta antecedente (“arremessar”), é incompatível com o dolo de dano, somente é cabível culpa na conduta subsequente.

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Art. 265. Atentar⁵⁷⁻⁵⁹ contra a segurança ou o funcionamento⁶⁰ de serviço⁶¹ de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública.⁶²⁻⁶³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena⁶⁴ de 1/3 (um terço) até a 1/2 (metade), se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

57. Análise do núcleo do tipo: *atentar* significa perpetrar atentado ou colocar em risco, através de atos executórios, alguma coisa ou alguém. O objeto é a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor ou outro de utilidade pública.

58. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

59. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Inexiste elemento subjetivo específico, não se punindo a forma culposa.

60. Segurança e funcionamento: *segurança* é condição daquilo em que se pode confiar; *funcionamento* é a movimentação de algo com regularidade. Objetiva-se a proteção dos serviços de água, luz, força, calor ou outro de utilidade pública.

61. Serviço de água, luz, força, calor ou outro de utilidade pública: presta o poder público à sociedade os serviços de fornecimento de água, luz, força, calor e outros, mantendo-os em rigoroso controle, para evitar qualquer dano (“segurança”) e cortes indesejáveis no abastecimento (“funcionamento”). Dessa forma, qualquer tentativa de colocar em risco a segurança ou o funcionamento encaixa-se neste tipo penal. Nota-se, por fim, que, uma vez mais, valeu-se o legislador da interpretação analógica, ou seja, forneceu exemplos de serviços de utilidade pública (luz, água, força, calor) para generalizar através da expressão “outro de utilidade pública”, como ocorre com o gás. Neste tipo não se encaixa a telefonia, que encontra amparo no próximo artigo.

62. Objetos material e jurídico: o objeto material é o serviço de água, luz, força, calor ou outro de utilidade pública. O objeto jurídico é a incolumidade pública, especialmente voltada para a segurança dos meios de comunicação e transporte, bem como outros serviços públicos.

63. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em efetivo dano

para alguém). Ocorrendo dano, trata-se do exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento). Não admite tentativa por ser crime de atentado, vale dizer, a lei já pune como crime consumado o mero início da execução. Seria, em nosso entender, ilógico sustentar a hipótese de “tentativa de tentar”. Há posição em sentido contrário, admitindo a tentativa, mas reconhecendo ser de difícil configuração (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 484; Paulo José da Costa Júnior, *Direito penal – Curso completo*, p. 583; Luiz Regis Prado, *Código Penal anotado*, p. 819).

64. Crime qualificado pelo resultado: trata-se de uma figura híbrida, inserindo a possibilidade de maior punição, através de uma causa de aumento de pena, mas exigindo um resultado danoso qualificador, constituído pelo dano resultante da subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços. Assim, se houver a referida subtração, porém não ocorrer o dano, inexiste a elevação da pena. O mesmo ocorre se houver o dano, mas não em virtude da subtração. O resultado mais grave deve advir em virtude de culpa, já que a conduta antecedente deve ser inspirada pelo dolo de perigo.

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico

Art. 266. Interromper⁶⁵⁻⁶⁷ ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento;⁶⁸⁻⁷⁰

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.⁷¹

65. Análise do núcleo do tipo: *interromper* significa fazer cessar ou romper a continuidade; *perturbar* quer dizer causar embaraço ou atrapalhar; *impedir* tem o significado de impossibilitar a execução ou obstruir; *dificultar* significa tornar mais custoso ou colocar obstáculo. O objeto é o serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico. Trata-se de tipo misto alternativo, quanto às condutas “interromper” ou “perturbar”, podendo o agente realizar uma ou as duas, implicando num único crime. É, também, cumulativo, pois a segunda forma de agir é diversa – “impedir ou dificultar o restabelecimento” –, embora, caso o agente cometa as duas (interrompe e impede o restabelecimento), a última delas deva ser considerada “fato posterior não punível”, pois mero desdobramento da primeira.

66. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

67. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

68. Serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico: é o desempenho de atividades ligadas aos sistemas de transmissão

de mensagens entre pontos diversos, através do envio de sinais (telegrafia), de telegrafia sem fio, por ondas eletromagnéticas (radiotelegrafia) e de transmissão da palavra falada a certa distância (telefonía).

69. Objetos material e jurídico: o objeto material é o serviço de telegrafia, radiotelegrafia e telefonía. O objeto jurídico é a incolumidade pública, voltada para a segurança dos meios de comunicação, transporte e outros serviços públicos.

70. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em efetivamente causar dano a alguém). Havendo dano, é o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

71. Figura qualificada: dobra-se a pena do agente quando a interrupção ou perturbação dos serviços telegráficos ou telefônicos ocorre durante estado de calamidade pública (desgraça que atinge várias pessoas), tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, já que, nessas situações, os serviços mencionados são essenciais.

Capítulo III

DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

Epidemia

Art. 267. Causar¹⁻³ epidemia,⁴ mediante a propagação de germes patogênicos.⁵⁻⁷

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1.º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.⁸

§ 2.º No caso de culpa,⁹ a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

1. Análise do núcleo do tipo: *causar* significa dar origem ou produzir. O objeto é epidemia. Conjuga-se com a conduta de *propagar*, isto é, espalhar ou disseminar.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico. A forma culposa é prevista no § 2.º.

4. Epidemia: significa uma doença que acomete, em curto espaço de tempo e em determinado lugar, várias pessoas. Diferencia, corretamente, a doutrina a epidemia da endemia (enfermidade que existe, com frequência, em determinado lugar, atingindo número indeterminado de pessoas) e da pandemia (doença de caráter epidêmico que abrange várias regiões ao mesmo tempo).

5. Germes patogênicos: são os microrganismos capazes de gerar doenças, como os vírus e as bactérias, dentre outros.

6. **Objetos material e jurídico:** o objeto material é o germe patogênico. O objeto jurídico é a saúde pública.

7. **Classificação:** trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); material (delito que exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em haver epidemia, algo que, por si só, é atentatório à saúde pública); de forma vinculada (delito que somente pode ser cometido através da propagação de germes patogênicos); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP). Há quem sustente ser delito passível de cometimento na forma omissiva (Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 5; Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 486), com o que discordamos, pois *causar* é dar origem a alguma coisa, parecendo-nos ser sempre forma ativa de conduta. A única hipótese viável de omissão é a descrita – e já mencionada – no art. 13, § 2.º, quando o agente tem o dever jurídico de impedir o resultado. É delito instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum concreto (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que necessita ser provado). Há voz em sentido oposto, acolhendo a possibilidade de ser crime de perigo abstrato (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 486). Assim não nos parece, uma vez que o tipo *exige* que o sujeito *provoque* o surgimento de uma epidemia. Ora, havendo a disseminação de uma doença rapidamente, numa localidade, é certo que o perigo surgido é concreto. Cremos inexistir possibilidade de muitas pessoas ficarem doentes ao mesmo tempo e isso não ser considerado um perigo efetivo para a saúde pública. Existe, ainda,

posição intermediária (Paulo José da Costa Júnior, *Direito penal – Curso completo*, p. 585), sustentando ser crime, concomitantemente, de dano (para as pessoas lesadas pela doença) e de perigo (para os que não foram atingidos). Mantemos nossa posição, classificando-o como de perigo concreto, pois o objeto jurídico protegido não é a incolumidade individual, e sim coletiva, além de ser crime contra a saúde pública, e não individual. Logo, a ocorrência da doença em alguns faz parte do perigo concreto determinado pelo tipo penal. Fosse a conduta do agente voltada somente a alguns indivíduos e estaríamos diante de um crime de lesão corporal, cuja pena é muito menor. Quem espalha doença, no entanto, pode terminar condenado a uma pena elevada de 10 anos de reclusão. Portanto, trata-se de um delito de perigo concreto, punido com especial rigor, justamente porque efetivamente atinge pessoas. No sentido que defendemos: Luiz Regis Prado, *Código Penal anotado*, p. 823. É crime unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente. Exemplo dado por Hungria: pode haver mera tentativa caso as autoridades sanitárias adotem medidas suficientes para evitar o surto (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 101). E acrescentamos: ainda assim, houve um início de contágio geral, de modo que o perigo se concretizou.

8. **Crime qualificado pelo resultado:** a conduta antecedente deve ser sustentada pelo dolo de perigo, enquanto a conseqüente (morte) somente comporta a culpa. Nesse caso, está-se diante de crime hediondo, conforme preceitua o art. 1.º, VII, da Lei 8.072/90.

9. Forma culposa e qualificada pelo resultado: a primeira parte do § 2.º é punida a título de culpa, caso o agente atue com imprudência, negligência ou imperícia, havendo previsibilidade do resultado. A segunda parte cuida da figura qualificada pelo resultado, onde há culpa na conduta antecedente e culpa no tocante ao resultado qualificador.

Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268. Infringir¹⁰⁻¹² determinação do poder público,¹³⁻¹⁴ destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:¹⁵⁻¹⁷

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada¹⁸ de 1/3 (um terço), se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

10. Análise do núcleo do tipo: *infringir* quer dizer violar ou transgredir; *impedir* significa obstruir ou tornar impraticável. O objeto é a determinação do poder público.

11. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

12. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

13. Determinação do poder público: é a ordem ou resolução dos órgãos investidos de autoridade para realizar as finalidades do Estado. Trata-se de norma penal em branco, dependente de outra que venha a complementá-la, para que se conheça o seu real alcance.

14. Revogação da norma complementar: há divergência doutrinária a respeito, embora nos pareça mais correta a posição daqueles que sustentam haver *possibilidade* de aplicação do princípio da retroatividade benéfica, dependendo do caso concreto. Afinal, saber qual foi exatamente a causa da revogação da norma destinada a impedir a introdução ou propagação da doença contagiosa é fundamental para a inteligência do tipo penal. Caso o poder público revogue a medida, por considerá-la, por exemplo, inócua para o efetivo resultado pretendido, não há razão para punir o agente. Entretanto, se a revogação se der porque já foi contida a doença, é preciso aplicar o art. 3.º do Código Penal, considerando ultrativo o complemento, mantendo-se a punição do agente.

15. Introdução e propagação de doença contagiosa: a determinação do poder público deve voltar-se à *introdução* (ingresso ou entrada) ou à *propagação* (proliferação ou multiplicação) de *doença contagiosa* (enfermidade que se transmite de um indivíduo a outro por contato imediato ou mediato).

16. Objetos material e jurídico: o objeto material é a determinação do poder público. O objeto jurídico é a saúde pública.

17. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano a alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por

omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

18. Causa de aumento da pena: se o autor do crime for funcionário da saúde pública, médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro, que exercem a profissão, agrava-se especialmente a pena, pois tais pessoas têm obrigação de evitar a propagação ou introdução de doenças contagiosas, pelo próprio dever inerente ao cargo ou à função que possuem. Note-se que a causa de aumento exige habitualidade na atividade profissional do médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro, não bastando, pois, que ostentem tais títulos.

Omissão de notificação de doença

Art. 269. Deixar¹⁹⁻²¹ o médico de denunciar à autoridade pública²² doença²³ cuja notificação é compulsória.²⁴⁻²⁵

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

19. Análise do núcleo do tipo: *deixar de denunciar* significa não delatar ou negar conhecimento sobre alguma coisa. O objeto é doença de notificação obrigatória.

20. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o médico. O sujeito passivo é a sociedade.

21. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se demanda elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

22. Autoridade pública: é o órgão do Estado encarregado de fazer cumprir as leis ou determinações do poder público. No caso deste tipo penal, deve ser a autoridade apta a cuidar da saúde pública.

23. Doença de notificação compulsória: é a enfermidade cuja ciência, pelo poder público, é obrigatória. Trata-se de norma penal em branco, necessitando de complemento para ser compreendida, isto é, torna-se indispensável conhecer o rol das doenças de que o Estado deseja tomar conhecimento.

24. Objetos material e jurídico: o objeto material é a notificação compulsória. O objeto jurídico é a saúde pública.

25. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo especial ou qualificado); mera conduta (crime que não possui, para sua consumação, qualquer resultado naturalístico); de forma vinculada (crime que só pode ser cometido pelo meio eleito pelo tipo penal, ou seja, através do não envio de notificação à autoridade pública); omissivo (o verbo implica em omissão); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato); não admite tentativa por se tratar de delito omissivo próprio, sem possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal

Art. 270. Envenenar²⁶⁻²⁸ água potável,²⁹ de uso comum ou particular,³⁰ ou substância alimentícia³¹ ou medicinal³² destinada a consumo;³³⁻³⁶

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1.º Está sujeito à mesma pena quem entrega³⁷ a consumo ou tem em depósito,³⁸ para o fim³⁹ de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

Modalidade culposa

§ 2.º Se o crime é culposo:⁴⁰

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

26. Análise do núcleo do tipo: *envenenar* significa misturar substância que altera ou destrói as funções vitais do organismo em alguma coisa ou intoxicar. O objeto é água potável.

27. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

28. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não existe elemento subjetivo específico. A forma culposa está prevista no § 2.º.

29. Água potável: é a água boa para beber, sem risco à saúde. Quando o lançamento de alguma substância na água torná-la visivelmente imprópria para consumo, consuma-se o crime do art. 271 (corrupção ou poluição de água potável).

30. Uso comum ou particular: pode a água estar situada numa fonte, lago ou qualquer lugar de livre acesso público, portanto, de uso comum, ou mesmo em

propriedade particular, sendo de uso privativo de alguém.

31. Substância alimentícia: é a matéria que se destina a nutrir e sustentar o organismo.

32. Substância medicinal: é a matéria voltada à cura de algum mal orgânico.

33. Destinação de consumo: não basta ser substância alimentícia ou medicinal, exigindo o tipo penal seja ainda reservada para consumo, isto é, destinada a ser utilizada e ingerida por um número indeterminado de pessoas.

34. Objetos material e jurídico: o objeto material é a água potável. O objeto jurídico é a saúde pública.

35. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um dano para alguém). Se houver dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, sendo presumido pelo tipo penal); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

36. Delito que era considerado hediondo: a Lei 8.072/90 incluiu-o na relação dos delitos hediondos, embora, com o advento da Lei 8.930/94, tenha sido este artigo retirado desse rol. A despeito disso, em se tratando de crime de perigo abstrato – não dependente de prova da existência efetiva do perigo, que é presumido pela lei –, possui pena excessivamente elevada. Imagine-se a conduta de alguém que envenene uma fonte de propriedade particular, com raríssimo acesso de alguém ao local: poderia ser processado pela prática de envenenamento de água potável, ainda que não tivesse havido perigo concreto para qualquer pessoa, recebendo, no mínimo, dez anos de reclusão. Lesar-se-ia o princípio da proporcionalidade.

37. Análise do núcleo do tipo: *entregar* significa passar à posse de outra pessoa, gratuita ou onerosamente, para o fim de ser ingerida ou degustada. *Ter em depósito* é conservar em local seguro. O objeto é a água ou substância envenenada.

38. Crime permanente: na modalidade *ter em depósito* o delito é permanente, cuja consumação se prolonga no tempo.

39. Elemento subjetivo do tipo: na hipótese do § 1.º, segunda parte (“ter em depósito”), exige-se *finalidade específica*, consistente em ver a água ou substância envenenada distribuída (espalhada ou entregue a várias pessoas).

40. Figura culposa: se a prática da conduta descrita no *caput* ou no § 1.º é fruto da imprudência, negligência ou imperícia, havendo previsibilidade do resultado, pune-se o agente com pena substancialmente menor.

Corrupção ou poluição de água potável

Art. 271. Corromper⁴¹⁻⁴³ ou poluir água potável,⁴⁴ de uso comum ou particular,⁴⁵ tor-

nando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:⁴⁶⁻⁴⁸

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposos:⁴⁹

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

41. Análise do núcleo do tipo: *corromper* significa adulterar ou estragar; *poluir* quer dizer sujar ou tornar prejudicial à saúde. O objeto é água potável. Trata-se de tipo misto alternativo, de modo que a prática de uma ou das duas condutas implica num único delito, quando no mesmo contexto.

42. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

43. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico. Pune-se a forma culposa nos termos do parágrafo único.

44. Água potável: ver conceito na nota 29 ao artigo anterior. Se a água já estiver, de algum modo, conspurcada e, portanto, imprópria para ser ingerida, configura-se a hipótese do crime impossível.

45. Uso comum ou particular: ver nota 30 ao artigo anterior.

46. Impropriedade do consumo ou nocividade à saúde: a água deve tornar-se imprestável a ser utilizada e ingerida por um número indeterminado de pessoas (“consumo”) ou prejudicial à saúde.

47. Objetos material e jurídico: o

objeto material é a água potável. O objeto jurídico é a saúde pública.

48. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano a alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

49. Forma culposa: caso o delito seja fruto da imprudência, negligência ou imperícia do agente, que possuía previsibilidade do resultado, é ele punido com pena substancialmente menor.

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios

Art. 272. Corromper,⁵⁰⁻⁵² adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício⁵³ destinado a consumo,⁵⁴ tornando-o nocivo à saúde⁵⁵ ou reduzindo-lhe o valor nutritivo.⁵⁶⁻⁵⁸

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.⁵⁹

§ 1.º-A. Incorre nas penas deste artigo quem fabrica,⁶⁰⁻⁶² vende, expõe à venda,

importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.⁶³⁻⁶⁴

§ 1.º Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas,⁶⁵ com ou sem teor alcoólico.

Modalidade culposa

§ 2.º Se o crime é culposos:⁶⁶

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.⁶⁷

50. Análise do núcleo do tipo: *corromper* é estragar ou alterar para pior; *adulterar* significa deformar ou deturpar; *falsificar* significa reproduzir, através de imitação, ou contrafazer; *alterar* é transformar ou modificar. Todas as condutas devem compor-se com *tornar* (converter em algo) nocivo à saúde ou *reduzir* (diminuir as proporções) o valor nutritivo. O objeto é substância ou produto alimentício destinado a consumo. Trata-se de tipo misto alternativo, isto é, a prática de uma ou mais condutas implica na realização de um único delito, desde que no mesmo contexto fático.

51. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

52. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico. A forma culposa está prevista no § 2.º.

53. Substância ou produto alimentício: é a matéria que se destina a nutrir e sustentar o organismo.

54. Destinação a consumo: é a finalidade de ser utilizada e ingerida por um número indeterminado de pessoas.

55. Nocivo à saúde: significa algo prejudicial às normais funções orgânicas, físicas e mentais. Destaque-se que a nocividade à saúde não diz respeito às condutas típicas, mas sim ao produto alimentício destinado a consumo, de modo que este somente se torna objeto do crime quando for prejudicial às normais funções orgânicas, físicas e mentais, do ser humano. O crime, no entanto, é de perigo abstrato, isto é, basta que se prove a adulteração do alimento, por exemplo, fazendo com que fique nocivo à saúde, e está concretizado, independentemente da prova de ter ele a possibilidade efetiva de atingir alguém.

56. Valor nutritivo: é a qualidade de servir para alimentar e sustentar, própria dos alimentos.

57. Objetos material e jurídico: o objeto material é substância ou produto alimentício destinado a consumo. O objeto jurídico é a saúde pública.

58. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um dano para alguém). Havendo dano, ocorre o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação

é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

59. Crítica à pena excessiva e desproporcional: o tipo penal prevê punição idêntica para aquele que torna prejudicial à saúde a substância alimentícia e para quem apenas lhe diminui o valor nutritivo, embora, neste último caso, possa não existir, em grande parte das vezes, qualquer perigo imediato e razoável para a saúde. Aliás, tal modificação, introduzida pela Lei 9.677/98, também alterou a pena, que era de reclusão, de dois a seis anos, e multa, para reclusão, de quatro a oito anos, mantendo-se a multa.

60. Análise do núcleo do tipo: *fabricar* significa manufaturar ou construir; *vender*, alienar por certo preço; *expor à venda*, pôr à vista para ser alienado; *importar*, trazer de fora para dentro do País; *ter em depósito para vender*, manter guardado até que seja alienado; *distribuir*, espalhar ou entregar a uns e outros; *entregar a consumo*, passar às mãos de alguém para que seja ingerido. O objeto das condutas é a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

61. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

62. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, exceto na modalidade “ter em depósito para vender”. Nesta hipótese é preciso que o agente mantenha a substância guardada com a finalidade de aliená-la a certo preço. A conduta “expor à venda” é composta e só tem sentido conjuntamente interpretada, de forma que prescinde de vontade específica. Ninguém simplesmente “expõe” (mostra ou põe à vista) substância corrompida,

adulterada ou falsificada, pois não há nisso interesse algum, nem perigo à saúde. Aliás, há outras formas compostas que só têm sentido se interpretadas conjuntamente, como ocorre com a expressão “empregar no fabrico” (art. 274), que não faz nascer nenhum elemento subjetivo específico. A forma culposa está prevista no § 2.º.

63. Objetos material e jurídico: o objeto material é a substância alimentícia ou produto falsificado, corrompido ou adulterado. O objeto jurídico é a saúde pública.

64. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um dano para alguém). Havendo dano, trata-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), nas formas “fabricar”, “vender”, “importar”, “distribuir” e “entregar”, mas permanente (crime cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”. É delito de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

65. Extensão às bebidas: além de visar à proteção das substâncias alimentícias, que

podem ser líquidas, para evitar qualquer dúvida foram incluídas no tipo as bebidas (líquidos potáveis), com ou sem álcool. Este acréscimo foi determinado pela Lei 9.677/98.

66. Figura culposa: pode dar-se em qualquer das formas. O agente, por imprudência, negligência ou imperícia, com previsibilidade do resultado, pratica as condutas descritas nos tipos anteriores (*caput* e §§ 1.º-A e 1.º). Esta é também a opinião de Hungria, que inclui a falsificação – por alguns outros autores excluída, sob o argumento de que a “falsificação” necessita ser, sempre, dolosa –, como se vê, *in verbis*: “Pode existir não intenção maligna, mas grosseira desatenção quanto à deturpação ou falsificação da substância” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 116).

67. Aumento da pena: a Lei 9.677/98 alterou a pena, elevando-a de seis meses a um ano, e multa, para um a dois anos, mantendo-se a multa.

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Art. 273. Falsificar,⁶⁸⁻⁷⁰ corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.⁷¹⁻⁷⁴

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem importa,⁷⁵⁻⁷⁷ vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.⁷⁸⁻⁷⁹

§ 1.º-A. Incluem-se entre os produtos⁸⁰ a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1.º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1.º em relação a produtos⁸¹ em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2.º Se o crime é culposo:⁸²

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

68. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* significa reproduzir, através de imitação, ou contrafazer; *corromper* é estragar ou alterar; *adulterar* significa deformar ou deturpar; *alterar* é transformar ou modificar. O objeto é produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, a prática de uma ou mais condutas implica sempre num único delito, quando no mesmo contexto.

69. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

70. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se demanda elemento subjetivo específico, punindo-se a forma culposa no § 2.º.

71. Produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: é a substância

voltada ao alívio ou à cura de doenças (terapêuticos), bem como ao combate de males e enfermidades (medicinais).

72. Objetos material e jurídico: o objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. O objeto jurídico é a saúde pública.

73. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Ocorrendo dano, cuida-se de exaurimento. É a figura qualificada pelo resultado de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido). Em sentido contrário, sustentando dever existir perigo concreto: Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 495). Como já sustentamos ao tratar dos crimes de perigo (ver nota introdutória ao capítulo “Da periclitación da vida e da saúde”), não há qualquer inconstitucionalidade em admitir o perigo abstrato, que é fruto da experiência auferida pelo legislador, passada à elaboração do tipo penal, prerrogativa sua e não do Poder Judiciário. Fosse assim e dever-se-ia exigir, igualmente, perigo concreto de *todas* as infrações de perigo, pois, se a presunção não pode ser válida para um determinado tipo incriminador, também não deve sê-lo para os demais. Além disso, a mesma postura não vem sendo defendida no tocante

aos delitos previstos na Lei de Drogas, de perigo abstrato. O grande ponto da modificação trazida pela Lei 9.677/98 foi a elevação abrupta e excessiva da pena de um crime de perigo abstrato, que passou a ser superior à de graves crimes de dano, como é o caso do homicídio simples. A solução não nos parece ser, para contornar a elevada sanção, a transformação do perigo de abstrato para concreto, mas uma minuciosa análise do conjunto probatório, deixando-se de admitir provas inseguras, como a confissão extrajudicial, por exemplo, para condenar. É delito unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

74. Crime hediondo: a Lei 9.677/98 alterou substancialmente as penas deste delito, passando-as de um a três anos, e multa, para dez a quinze anos, mantendo-se a multa. Houve, ainda, a criação de novas condutas típicas, tanto no *caput* quanto nos parágrafos. Em seguida, a Lei 9.695/98 classificou este delito como hediondo, ao incluí-lo no rol do art. 1.º da Lei 8.072/90. Lembremos que, após o julgamento em Plenário do STF, ocorrido em 23.02.2006, passa-se a considerar possível a progressão de regime nos casos de condenação por delitos hediondos. Essa decisão foi ratificada pela edição da Lei 11.464/2007, que alterou o art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos, estabelecendo o regime *inicial* fechado para o cumprimento da pena. Portanto, é cabível, legalmente, a progressão.

75. Análise do núcleo do tipo: *importar* (trazer algo de fora para dentro do País); *vender* (alienar por certo preço); *expor à venda* (colocar à vista com o fim de alienar a certo preço); *ter em depósito para vender* (manter algo guardado com o fim de alienar a certo preço); *distribuir* (dar

para várias pessoas em várias direções ou espalhar); *entregar a consumo* (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto). O objeto é produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Conferir: TJSP: “A simples posse, ainda que para fins de distribuição, de medicamentos de procedência ignorada e adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente não basta, à luz do disposto pelo § 1.º do art. 273 do Código Penal, à configuração do crime, exigindo-se, para tanto, que o produto tenha sido falsificado, adulterado ou alterado” (Ap. 471.211-3/5, 5.ª C., rel. Donegá Morandini, 30.09.2004, v. u., *JUBI* 105/05).

76. Sujeitos ativo e passivo: idênticos aos do *caput*.

77. Elemento subjetivo do tipo: idêntico ao do *caput*. Discordamos daqueles que sustentam ser a forma “expor à venda” acrescida do elemento subjetivo específico (“para vender”), pois isso descaracteriza a conduta, que é naturalmente composta. Não se pune, porque sem sentido, a conduta de *expor* (mostrar, exibir), mas sim a de *mostrar para vender*. O mesmo raciocínio é usado no tocante ao “ter em depósito”, que não significa “ter + a finalidade específica de ter para guardar (depósito)”. A conduta é composta, ou seja, “ter em depósito” é uma única conduta, sem necessidade de se falar em elemento subjetivo específico. No caso do tipo penal em questão, para a forma “ter em depósito” existe o elemento subjetivo específico, que é acrescido de “para vender”. Assim, a conduta composta “ter em depósito”, tradicionalmente utilizada em outros tipos penais, neste caso ganha uma finalidade especial, que é a vontade de alienar a certo preço. O mesmo não ocorre, no entanto, com a conduta de “expor à venda”, que poderia ser *traduzida* como sendo “apresentar ao comprador”.

78. Objetos material e jurídico: o objeto material é o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. O objeto jurídico é a saúde pública.

79. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de um dano para alguém). Ocorrendo dano, fala-se em exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), nas formas “importar”, “vender”, “distribuir” e “entregar”, mas permanente (delito cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”. É de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa.

80. Extensão do objeto e eventual lesão ao princípio da proporcionalidade: além dos produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, houve por bem o legislador fazer incluir no § 1.º-A outros objetos, alguns dos quais, com bom senso, já poderiam ser considerados incluídos no *caput*. A propósito, vejam-se: *medicamento* é remédio, isto é, substância voltada à cura de males e doenças (produto medicinal, em última análise); *matéria-prima* é a substância bruta com que se fabrica alguma coisa. É

natural que, neste caso, não se esteja falando de qualquer matéria-prima, mas sim a que serve de base para a constituição de uma substância destinada a fins terapêuticos ou medicinais. Assim, em essência, já está contida no *caput*. Mas, para evitar dissabores na interpretação, fez-se questão de mencionar tanto o medicamento – que contém o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais – como a matéria-prima – que serve para construir o produto destinado aos fins expostos. Pode-se, então, concluir que a matéria-prima serve ao produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, que, por sua vez, serve para constituir o medicamento. Além dessas duas, há, também, os *insumos farmacêuticos* (produtos combinados de variadas matérias-primas, com a finalidade de servirem de medicamentos); os *cosméticos* (produtos destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele); os *saneantes* (produtos de limpeza em geral) e os produtos usados em diagnóstico (são os instrumentos para a detecção ou determinação de uma doença). Há quem se insurja contra a inclusão, neste tipo, dos cosméticos e saneantes, alegando ferir o princípio da proporcionalidade (por todos, ver Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 496). Com isso não concordamos integralmente. Se exagero houve, foi na fixação da pena elevada, que varia de dez a quinze anos. Nesse ponto, sem dúvida, pode-se sustentar a falta de proporcionalidade entre a pena cominada e o possível resultado gerado pelo delito. No mais, é preciso verificar que um cosmético entra em contato direto com o organismo humano, tanto quanto um medicamento, de forma que os danos à saúde podem ser de igual monta, caso sejam adulterados ou falsificados. O mesmo se diga dos saneantes, que servem à higienização de muitos locais, como hospitais, clínicas e consultórios, ligando-se diretamente à questão da saúde.

81. Outra extensão relativa aos produtos: vinculando os produtos previstos nos incisos com as condutas de importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender, distribuir e entregar a consumo, há um novo acréscimo quanto ao objeto do crime. Incluem-se, também, os seguintes produtos: a) *sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente*: é o produto que, embora não adulterado de qualquer forma, deixou de ser devidamente inscrito no órgão governamental de controle da saúde e da higiene pública. Menciona-se, nesta hipótese, que é preciso ser *exigível* tal registro, de modo que é norma penal em branco; b) *em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior*: isto é, faz-se a inscrição do produto no órgão competente, embora seja ele alienado, por exemplo, com conteúdo diverso do que consta no registro. Não deixa de ser, nesse caso, uma modalidade específica de alteração do produto, além de norma penal em branco; c) *sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização*: ou seja, é o produto que não corresponde exatamente àquele que conta com autorização governamental para ser vendido ao público, seja porque mudou sua forma de apresentação, seja porque não preenche, na essência, o objetivo da vigilância sanitária. Trata-se de norma penal em branco; d) *com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade*: significando que o produto, tal como é conhecido, deveria apresentar certa eficácia para o combate a determinados males e doenças, deixando de manifestá-la porque foi alterado, perdendo capacidade terapêutica ou diminuindo-se o tempo de duração de seus efeitos. É outra modalidade específica de adulteração ou alteração; e) *de procedência ignorada*: ou seja, é o produto sem origem, sem nota e sem controle, podendo ser verdadeiro ou falso, mas dificultando, sobremaneira, a fiscalização da autoridade

sanitária. É um nítido perigo abstrato; f) *adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente*: isto é, compõem o universo dos produtos originários de comércio clandestino de substâncias medicinais ou terapêuticas. Tendo em vista o perigo abstrato existente na comercialização de produtos sem o controle sanitário, é natural que não se possa adquirir-los de lugares não licenciados.

82. Forma culposa: quando as condutas são cometidas por imprudência, negligência ou imperícia do agente, que tem previsibilidade do resultado, compõe-se a modalidade culposa do crime. Abrange todas as figuras acima previstas, inclusive a falsificação que, como Hungria bem coloca, pode ser cometida não com intenção maligna, mas por “grosseira desatenção” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 116).

Emprego de processo proibido ou de substância não permitida

Art. 274. Empregar,⁸³⁻⁸⁵ no fabrico de produto destinado a consumo,⁸⁶ revestimento,⁸⁷ gaseificação artificial,⁸⁸ matéria corante,⁸⁹ substância aromática,⁹⁰ anti-séptica,⁹¹ conservadora⁹² ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária.⁹³⁻⁹⁵

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.⁹⁶

83. Análise do núcleo do tipo: *empregar* significa fazer uso de algo ou aplicar. O objeto é o fabrico de produto destinado a consumo. É norma penal em branco, tornando-se indispensável conhecer o conteúdo da legislação referente à proteção da saúde e da higiene pública.

84. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

85. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se demanda elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

86. Fabrico de produto destinado a consumo: é a manufatura ou preparo de substância voltada ao gasto ou ingestão por um número indeterminado de pessoas.

87. Revestimento: é tudo aquilo que cobre uma determinada superfície, tendo por fim protegê-la ou adorná-la.

88. Gaseificação artificial: é a operação provocada por processo não natural, que tem por finalidade reduzir algo sólido ou líquido a gás ou vapor.

89. Matéria corante: é a substância voltada a colorir ou tingir alguma coisa.

90. Substância aromática: é o corpo cuja composição contém propriedades odoríferas, ou seja, de perfume agradável.

91. Substância anti-séptica: é o corpo cuja composição contém elementos capazes de impedir a proliferação de microrganismos, através da sua eliminação.

92. Substância conservadora: é o corpo cuja composição contém propriedades capazes de impedir ou atrasar a modificação de alimento, diante da ação de microrganismos ou enzimas.

93. Qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária: trata-se de interpretação analógica. O tipo penal fornece os exemplos de substâncias ou processos que somente podem ser utilizados no fabrico de algum produto destinado a consumo quando houver autorização legal, como o revestimento, a gaseificação artificial, a matéria corante e a substância aromática, anti-séptica ou conservadora, e,

a partir daí, generaliza para qualquer outro igualmente não permitido, semelhante aos primeiros. Trata-se, como já mencionado, de norma penal em branco, tendo em vista ser necessário conhecer o conteúdo da legislação sanitária.

94. Objetos material e jurídico: o objeto material é o produto fabricado e destinado a consumo. O objeto jurídico é a saúde pública.

95. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em provocar efetivo dano a alguém). Se houver dano, cuida-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

96. Alteração da pena: a Lei 9.677/98 provocou a elevação da pena de detenção, de um a três meses, e multa, para reclusão, de um a cinco anos, mantendo-se a multa.

Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275. Inculcar,⁹⁷⁻⁹⁹ em invólucro ou recipiente¹⁰⁰ de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais,¹⁰¹ a existência¹⁰²

de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada:¹⁰³⁻¹⁰⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.¹⁰⁵

97. Análise do núcleo do tipo: *inculcar* significa apontar, citar, gravar ou imprimir. O objeto é a substância não encontrada no invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais ou que nele existe em quantidade menor do que a mencionada.

98. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

99. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

100. Invólucro e recipiente: *invólucro* é tudo aquilo que serve para encerrar ou conter alguma coisa, como capa plástica ou de papel; *recipiente* é o objeto destinado a encerrar em si substâncias líquidas ou sólidas, como frascos ou sacos plásticos.

101. Produtos alimentícios, terapêuticos e medicinais: são as substâncias destinadas a nutrir ou sustentar o organismo (alimentícias), a aliviar ou curar doenças (terapêuticos) ou a combater males e enfermidades (medicinais).

102. Composição com o núcleo do tipo: a conduta do agente é gravar no invólucro ou recipiente de algum produto alimentício, terapêutico ou medicinal a *existência* de substância que, na realidade, nele inexistia ou, alternativamente, mandar imprimir que há substância em quantidade maior do que efetivamente existe no seu conteúdo.

103. Objetos material e jurídico: o objeto material é o invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. O objeto jurídico é a saúde pública.

104. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar, efetivamente, dano para alguém). Se houver dano, é o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (delito que pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

105. Modificação da pena e acréscimo no tipo penal: a Lei 9.677/98 determinou a inclusão no tipo do elemento “terapêuticos”, após “alimentícios”, bem como alterou a pena de detenção, de um a três meses, ou multa, para reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276. Vender,¹⁰⁶⁻¹⁰⁸ expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275:¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.¹¹¹

106. Análise do núcleo do tipo: *vender* (alienar por certo preço); *expor à venda* (colocar à vista com o fim de alienar a certo preço); *ter em depósito para vender* (manter algo guardado com o fim de alienar a certo preço); *entregar a consumo* (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto). O objeto é o produto nas condições descritas nos arts. 274 e 275. Trata-se de tipo penal remetido, passível de compreensão desde que se consulte o conteúdo dos mencionados artigos, bem como alternativo, isto é, a prática de uma ou mais condutas implica num único crime.

107. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

108. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, salvo no caso “ter em depósito para vender”, que demanda a finalidade de guardar objeto para aliená-lo a certo preço. Inexiste a forma culposa.

109. Objetos material e jurídico: o objeto material é o produto nas condições determinadas pelos arts. 274 e 275. O objeto jurídico é a saúde pública.

110. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano a alguém). Se houver dano, é o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente,

omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “vender” e “entregar”, mas permanente (delito cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”; de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

111. Alteração da pena: a Lei 9.677/98 elevou a pena deste delito de detenção, de um a três meses, ou multa, para reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Substância destinada à falsificação

Art. 277. Vender,¹¹²⁻¹¹⁴ expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação¹¹⁵ de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais:¹¹⁶⁻¹¹⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.¹¹⁹

112. Análise do núcleo do tipo: *vender* (alienar por certo preço); *expor à venda* (colocar à vista com o fim de alienar a certo preço); *ter em depósito* (manter algo guardado); *ceder* (colocar algo à disposição de alguém). O objeto é substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, a prática de uma ou mais condutas implica na realização de um só delito, desde que no mesmo contexto fático.

113. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

114. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Exige o tipo penal elemento subjetivo específico, ou seja, a finalidade de atuar, vendendo, colocando à venda, tendo em depósito ou cedendo substância *destinada* à falsificação. Não se pune a forma culposa.

115. Substância destinada à falsificação: a substância deve ser *especificamente* voltada à falsificação, embora se deva verificar essa finalidade no caso concreto, e não de maneira geral. Assim, quando uma substância tiver múltipla destinação, sendo uma delas a de produzir alimentos ou remédios falsos, é preciso que fique bem demonstrado na situação concreta ser essa a razão de agir do autor. No mais, parece-nos extremado rigorismo pretender que a substância sirva *unicamente* para falsificar os produtos mencionados. É o mesmo modo de interpretar utilizado no caso do art. 253 (“substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação”). Há posição em sentido contrário, exigindo que a substância tenha finalidade *inequívoca* de falsificação (cf. Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 500).

116. Produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais: ver nota 101 ao art. 275.

117. Objetos material e jurídico: o objeto material é substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. O objeto jurídico é a saúde pública.

118. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que

não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em gerar efetivo dano para alguém). Havendo dano, é o exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), nas formas “vender” e “ceder”, mas permanente (delito cuja consumação se prolonga no tempo) nas modalidades “expor à venda” e “ter em depósito”; de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento). cremos não admitir tentativa, pois se trata de fase de preparação dos delitos previstos nos arts. 272 e 273. Note-se que deve ser usado o mesmo raciocínio já exposto por ocasião do delito do art. 253, que é fase preparatória do previsto no art. 251. Não teria sentido punir a preparação de um determinado delito – que normalmente não é punível (ver art. 14, II, CP) – como crime autônomo prevendo-se para este também a figura da tentativa. Seria a ilogicidade de punir a tentativa de preparação de um delito que somente é objeto de punição porque, excepcionalmente, o legislador construiu um tipo penal para tanto. Assim, ter em depósito substância destinada à falsificação de um produto medicinal, não fosse o tipo do art. 277, seria conduta impunível, não podendo ser considerada ato executório do crime do art. 273, porque mera preparação. É

incabível, pois, ao intérprete aumentar a exceção criada pelo legislador.

119. Alteração da pena: a Lei 9.677/98 elevou a pena deste delito de detenção, de seis meses a um ano, e multa para reclusão, de um a cinco anos, mantendo-se a multa.

Outras substâncias nocivas à saúde pública

Art. 278. Fabricar,¹²⁰⁻¹²² vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde,¹²³ ainda que não destinada¹²⁴ à alimentação ou a fim medicinal.¹²⁵⁻¹²⁶

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo.¹²⁷

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

120. Análise do núcleo do tipo: *fabricar* (manufaturar ou construir); *vender* (alienar por certo preço); *expor à venda* (colocar à vista com o fim de alienar a certo preço); *ter em depósito para vender* (manter algo guardado com a finalidade de alienar por certo preço); *entregar a consumo* (passar algo às mãos de terceiros para que seja ingerido ou gasto). O objeto é coisa ou substância nociva à saúde.

121. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

122. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico, salvo

na conduta de “ter em depósito”, que pede a finalidade de venda. A forma culposa está prevista no parágrafo único.

123. Coisa ou substância nociva à saúde: é o objeto ou a matéria prejudicial às funções orgânicas, físicas e mentais do ser humano.

124. Ressalva: o tipo penal, para evitar dúvidas, tornou expressa a reserva quanto à aplicação deste artigo no tocante aos produtos alimentícios ou medicinais. Assim, caso estes sejam de qualquer modo adulterados, tornando-se nocivos à saúde, deve o agente ser punido pelos tipos dos arts. 272 e 273, com penas mais severas. Entretanto, se porventura o produto for nocivo à saúde, não se encaixando nos destinados à alimentação ou a fins medicinais, responde o agente pelo delito do art. 278.

125. Objetos material e jurídico: o objeto material é coisa ou substância nociva à saúde. O objeto jurídico é a saúde pública.

126. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, cuida-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “fabricar”, “vender” e “entregar”, mas permanente (crime cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades

“expor à venda” e “ter em depósito”; de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

127. Figura culposa: caso o delito seja cometido por imprudência, negligência ou imperícia, havendo previsibilidade do agente quanto ao resultado, pune-se com pena substancialmente menor.

Substância avariada

Art. 279. (Revogado pelo art. 23, Lei 8.137/90.)

* V. Lei 8.137/1990, art. 7.º, IX.

Medicamento em desacordo com receita médica

Art. 280. Fornecer¹²⁸⁻¹³⁰ substância medicinal¹³¹ em desacordo¹³² com receita médica:¹³³⁻¹³⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:¹³⁶

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.¹³⁷

128. Análise do núcleo do tipo: *fornecer* significa prover ou pôr à disposição de alguém. O objeto é substância medicinal.

129. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Entende Magalhães Noronha ser crime próprio, ou seja, somente podendo ser o farmacêutico

ou o prático (farmacêutico não formado), devidamente autorizado (*Direito penal*, v. 4, p. 50). Assim não nos parece, pois o tipo penal fala simplesmente em “fornecer”, o que pode ser feito gratuita ou onerosamente, além do que a substância medicinal pode chegar às mãos de alguém lícitamente, que a entrega a terceiros, contrariamente ao que dispõe a receita médica. Inclui-se, nesse tipo, o balconista da farmácia, por exemplo. O sujeito passivo é a sociedade.

130. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se exige elemento subjetivo específico. A forma culposa é prevista no parágrafo único.

131. Substância medicinal: é a matéria voltada à cura de algum mal orgânico.

132. Elemento normativo do tipo: inclui-se elemento pertinente à ilicitude no tipo penal, fazendo com que, quando houver receita médica *de acordo*, ou seja, autorizando, a conduta se torne atípica. Sendo crime de perigo abstrato, pouco importa se a medicação fornecida melhorou o estado de saúde do paciente ou se serviu para piorar.

133. Receita médica: é a prescrição escrita feita pelo médico, devidamente identificado.

134. Objetos material e jurídico: o objeto material é a substância medicinal. O objeto jurídico é a saúde pública.

135. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa). Há voz em contrário (ver nota ao sujeito ativo); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Se houver dano, é o exaurimento; de forma livre

(pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

136. Forma culposa: se o agente fornece a substância medicinal, em desacordo com receita, mas por fruto da sua imprudência, negligência ou imperícia, havendo previsibilidade do resultado, é apenas mais brandamente.

137. Falha legislativa: deveria ter sido prevista, também para o tipo culposo, a pena de multa alternativa, embora o juiz possa corrigir essa falha, substituindo-a, quando a lei o permitir (art. 60, § 2.º, CP).

Art. 281. (Revogado pela Lei 6.368/76.)

Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

Art. 282. Exercer,¹³⁸⁻¹⁴⁰ ainda que a título gratuito,¹⁴¹ a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal¹⁴² ou excedendo-lhe os limites:¹⁴³⁻¹⁴⁶

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado com o fim de lucro,¹⁴⁷ aplica-se também multa.

138. Análise do núcleo do tipo: *exercer* implica em desempenhar algo habitualmente. Significa, pois, que o agente necessita atuar com regularidade e frequência, uma vez que a punição se volta ao estilo de vida, e não a um comportamento isolado. O caráter *habitual* é fornecido não somente pelo verbo, mas também pelo complemento, que é a profissão (atividade remuneratória que se pratica com habitualidade). O objeto é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Sobre o caráter habitual da infração penal, ver nota 37 ao art. 229.

139. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, quando se refere o tipo ao exercício da profissão de médico, dentista ou farmacêutico. Entretanto, necessita ser médico, dentista ou farmacêutico quando, na segunda parte, faz referência à ultrapassagem dos limites inerentes à profissão. O sujeito passivo é a sociedade. Secundariamente, a pessoa diretamente atingida pela conduta do agente.

140. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Não se pune a forma culposa. Exige-se, no entanto, o elemento subjetivo específico, porque se trata de crime habitual, que é a vontade de desempenhar a atividade usualmente, como estilo de vida.

141. Gratuita ou onerosamente: o agente pode exigir contraprestação pelos seus serviços profissionais, embora possa exercer a atividade gratuitamente, por mero capricho ou desejo.

142. Elemento normativo do tipo: a autorização legal é peculiar ao campo da ilicitude, embora tenha sido colocada no tipo penal, integrando-o. Assim, quando o agente atuar com autorização da lei, con-

figura-se atipicidade da conduta. Sabe-se, pois, que esses profissionais precisam de registro do título e licença para exercer a atividade, não bastando a diplomação.

143. Transposição dos limites: toda profissão regulamentada pelo Estado confere ao sujeito que a exerce direitos e deveres. Não há, pois, como deixar de atender à lei para o correto desempenho da atividade.

144. Objetos material e jurídico: o objeto material é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico. O objeto jurídico é a saúde pública.

145. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa), na primeira parte do tipo, e próprio (delito que exige sujeito ativo especial), na segunda; formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, cuida-se de exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); habitual (crime cuja consumação somente se dá a partir da reiteração de ações, impossível de se determinar no tempo com precisão, de modo que somente a colheita da prova poderá estabelecer a tipicidade ou não da conduta). Sobre a impossibilidade de se lidar com o crime habitual como se fosse permanente, ver nota 37 ao art. 229. É crime de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o

seu fracionamento); não admite tentativa, por se tratar de delito habitual.

146. Diferença do charlatanismo e do curandeirismo: no charlatanismo, qualquer pessoa, incluindo o médico, o dentista e o farmacêutico, promete cura através de meios secretos ou infalíveis, em verdade totalmente inviáveis para o fim almejado, sem que a vítima disso tenha conhecimento. No curandeirismo, há uma pessoa qualquer, que não se passa por médico, dentista ou farmacêutico, do que a vítima tem noção, mas que habitualmente atua para curar males alheios.

147. Figura qualificada: quando há intenção de obter lucro, portanto, a atividade é remunerada, acrescenta-se a pena pecuniária ao preceito sancionador.

Charlatanismo

Art. 283. Inculcar¹⁴⁸⁻¹⁵⁰ ou anunciar cura¹⁵¹ por meio secreto ou infalível;¹⁵²⁻¹⁵⁵

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

148. Análise do núcleo do tipo: *in-culcar* significa apregoar ou dar a entender; *anunciar* quer dizer divulgar ou fazer saber. O objeto das condutas é a cura por meio secreto ou infalível. Tem-se por fim punir aquele que, sendo médico ou não, se promove à custa de métodos questionáveis e perigosos de curar pessoas, de maneira oculta ou ignorada do paciente e do poder público, além de divulgar mecanismos inverídicos de cura, visto não existir nada infalível quando se trata de cura de enfermidades. Como explica Flamínio Fávero, o “termo charlatanismo vem de charlar, do italiano *ciarlare*, que quer dizer conversar. De início, parece que só isso satisfazia os charladores. Enchiam o seu tempo e dos ouvintes, mais ou menos agradavelmente, conversando

apenas. É como quem diz 'conversando fiado' ou 'dando pontos sem nós'. Depois, esses charladores julgaram de bom aviso unir o útil ao agradável e, então, vendiam drogas, apregoando-as com exagero: são os 'pontos com nós'... (...) Então surge a medicina desonesta. Os homens querem, mais do que o alívio e o consolo, a cura, e por qualquer preço. E assim confiam em tudo o que sejam promessas. E estimulam mesmo essas promessas, embora saibam que, às vezes, oferecem apenas embustearice e impostura... É o terreno propício para os charlatães que medram como os cogumelos no terreno úmido e sombrio". Em suma, charlatanismo é "inculcar ou anunciar cura por meio secreto e infalível. No segredo e na infalibilidade estão os pontos fundamentais do ilícito moral e legal, porque a medicina não pode agir por meios secretos, devendo ser franca e leal em sua atuação e também porque nunca pode pretender a infalibilidade" (*Medicina legal*, p. 41-42).

149. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o médico, dentista ou farmacêutico. O sujeito passivo é a sociedade.

150. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, ou seja, a vontade de gerar um risco não tolerado a terceiros. Ao contrário de outros autores, não vemos necessidade de se exigir do agente que saiba que o seu método não é infalível ou ineficaz. Ainda que seja um crédulo no que faz, o fato é que não deve assim proceder, por colocar em risco a saúde pública, podendo levar pessoas a não se tratarem em outros locais para se aventurarem em seara desconhecida e perigosa. A vontade, pois, deve voltar-se a divulgar cura por método infalível, creia nisso ou não. Não há exigência do elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

151. Cura: é o restabelecimento da saúde de alguém, que estava enfermo.

152. Meio secreto ou infalível: *meio* é o recurso utilizado para atingir um determinado objetivo, no caso, a cura do doente. Na modalidade *secreto* significa ser meio oculto ou ignorado do paciente. Sendo *infalível*, quer isso dizer sem qualquer chance de falhar.

153. Objetos material e jurídico: o objeto material é o anúncio de cura secreta ou infalível. O objeto jurídico é a saúde pública.

154. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Se houver dano, fala-se em exaurimento; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

155. Charlatanismo e atividade religiosa: ver nota 160 ao art. 284, que cuida da proteção constitucional à liberdade de crença e culto.

Curandeirismo

Art. 284. Exercer¹⁵⁶⁻¹⁵⁸ o curandeirismo:¹⁵⁹

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;¹⁶⁰⁻¹⁶¹

III – fazendo diagnósticos;¹⁶²⁻¹⁶³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração,¹⁶⁴ o agente fica também sujeito à multa.

156. Análise do núcleo do tipo: *exercer* significa desempenhar uma atividade com habitualidade. A conjugação dessa conduta se faz com as que vêm descritas nos incisos: a) *prescrever* (indicar como remédio ou receitar); *ministrar* (fornecer para ser ingerido ou utilizado por alguém); *aplicar* (empregar ou utilizar em alguém). O objeto, nesse caso, é qualquer substância (matéria que serve a alguma finalidade, como, por exemplo, a substância medicinal, destinada à cura de enfermidades); b) *usar gestos, palavras ou outros meios* (gesticular, falar ou agir de qualquer maneira que simbolize um ritual); c) *fazer* (produzir, executar, realizar), tendo por objeto o *diagnóstico*, que é o conhecimento de uma determinada doença através dos seus sintomas. A exigência da habitualidade é, sem dúvida, fundamental para a configuração do crime, porque, se não fosse assim, qualquer pessoa, um dia, estaria sujeita a cometer este delito, até porque há um costume generalizado de “agir como médico” no círculo doméstico ou social. Sobre a tendência universal do ser humano de “prescrever” substâncias a terceiros, narra Flaminio Fávero a seguinte anedota a respeito de “Gonelle, bobo da corte do duque de Este. Apostou ele, com seu amo, que todos são médicos. Para de-

monstrá-lo, saiu certa manhã a percorrer a cidade, tendo amarrado ao queixo um lenço. E todos que o conheciam lhe indicavam um remédio esplêndido para a sua dor de dentes. Assim, reuniu ele para mais de trezentas receitas. Voltando ao palácio, o próprio duque, condoído dele, lhe deu uma prescrição. Então Gonelle, tirando o lenço do rosto, disse que havia ganho a aposta e que até seu amo era médico” (*Medicina legal*, p. 46).

157. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é, primordialmente, a sociedade. Em segundo plano, a pessoa que é objeto da “cura” do agente.

158. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo de perigo, vale dizer, a vontade de gerar um risco inadmissível a terceiros. Exige-se o elemento subjetivo específico, que é a vontade de desempenhar a conduta *habitualmente*. Não existe a forma culposa.

159. Conceito de curandeirismo: o termo *curandeirismo* já possui uma significação peculiar, que é a atividade desempenhada pela pessoa que promove curas sem ter qualquer título ou habilitação para tanto, fazendo-o, geralmente, por meio de reza ou emprego de magia. Não haveria, em tese, necessidade de existir o complemento dado pelos incisos, mas, no caso presente, o tipo é de forma vinculada, exigindo que os atos somente sejam considerados penalmente relevantes quando tiverem a roupagem prescrita em lei.

160. Passes e rituais de religiões e cultos: a Constituição Federal assegura a inviolabilidade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5.º, VI). Assim, não se pode considerar *curandeirismo* a conduta daque-

les que, crendo na ação de espíritos, fazem gestos com as mãos, nomeados *passes*, para a cura de males físicos ou psíquicos de alguém, que, por sua vez, acredita no mesmo. Assim, ambas as partes envolvidas estão vinculadas a uma religião, no caso o espiritismo, bem como a um culto (práticas consagradas para a exteriorização de uma religião ou crença). No mesmo patamar estão outras religiões que empregam gestos, palavras e outros meios para curar os males dos seus adeptos, invocando o nome de espíritos ou de ícones da sua crença, como Jesus Cristo, a fim de exercitarem e colocarem em prática a sua liturgia.

161. Excessos da atividade religiosa: em face da proteção constitucional, há, com certeza, abusos de toda ordem por parte de pessoas que exercem autêntico *curandeirismo*, mas sob a veste de atividade religiosa. O Estado nada pode fazer para impedir a prática desses rituais, às vezes envolvendo a cura de males físicos através do emprego de “cirurgias espirituais”, porque está envolvida a crença do paciente. Enquanto não se ultrapassar o limite do disponível, funciona o consentimento da vítima para afastar qualquer ilicitude. Entretanto, se o ofendido morrer ou sofrer lesão grave, como lamentavelmente já aconteceu por conta disso, o agente da “operação espiritual” deve ser responsabilizado pelo que causou à vítima, tendo em vista que a vida e a integridade corporal em determinados graus são consideradas bens indisponíveis, ainda que se tenha de afastar a aplicação da inviolabilidade de crença, pois nenhum direito é absoluto.

162. Objetos material e jurídico: o objeto material é a substância prescrita, o gesto, a palavra ou outro meio empregado e o diagnóstico realizado. O objeto jurídico é a saúde pública.

163. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva existência de dano para alguém). Havendo dano, é o exaurimento; de forma vinculada (delito que só pode ser cometido pelo meio eleito pelo tipo penal); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); habitual (crime que pune um estilo de vida, isto é, a reiteração de várias ações consideradas, no seu conjunto, indesejáveis para a sociedade). Não se fala em instantaneidade ou permanência (ver nota 37 ao art. 229). É crime de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); não admite tentativa, por se tratar de crime habitual.

164. Figura qualificada: havendo intuito de lucro, incide também a pena pecuniária.

Forma qualificada¹⁶⁵

Art. 285. Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

165. Tipo remetido: para configurar a forma qualificada pelo resultado referente aos crimes contra a saúde pública, o tipo faz remissão ao art. 258, já comentado. Excepciona o art. 267, que possui regra própria a respeito do agravamento da pena pelo resultado qualificador.

Dos crimes contra a paz pública

Incitação ao crime

Art. 286. Incitar,¹⁻³ publicamente,⁴ a prática de crime:⁵⁻⁸

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

1. Análise do núcleo do tipo: *incitar* significa impelir, estimular ou instigar. O objeto da conduta é a prática de crime.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

4. Modo de atuação: a instigação à prática do delito somente ganha relevo penal quando feita publicamente, isto é, de modo a atingir várias pessoas, em lugar público ou de acesso ao público. Não seria conduta típica a incitação feita em particular, de um amigo para outro, por exemplo.

5. Crime: não se admite a inclusão da contravenção penal, que é espécie de infração penal, mas não de crime. Por outro lado, é indispensável que o agente instigue pessoas determinadas ou indeterminadas da coletividade a praticar crimes *específicos*, pois a menção genérica não torna a conduta típica. Inexiste, nesse delito, um destinatário certo, pois a vítima é a coletividade, e quem quer que seja incitado a cometer algum tipo de delito faz nascer intranquilidade social.

6. Objetos material e jurídico: o objeto material é a paz pública. Do mesmo modo, o objeto jurídico é a paz pública.

7. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva perturbação da paz pública, com a prática de crimes); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum (delito que expõe um número indeterminado de pessoas a perigo); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

8. Concurso de pessoas: se o destinatário da instigação for único e efetivamente cometer o crime, pode o autor da incitação ser considerado partícipe (art. 29, CP). Nessa hipótese, o crime de perigo (art. 286) é absorvido pelo crime de dano cometido. Entretanto, se forem vários os destinatários da incitação e apenas um deles cometer o crime, haverá concurso formal, isto é, o agente da incitação responde pelo delito do art. 286 e também pelo crime cometido pela pessoa que praticou a infração estimulada.

Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer,⁹⁻¹¹ publicamente,¹² apologia¹³ de fato criminoso¹⁴ ou de autor de crime.¹⁵⁻¹⁷

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

9. Análise do núcleo do tipo: *fazer* significa produzir, executar ou dar origem. O objeto da conduta é a apologia de fato criminoso ou autor de crime.

10. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a sociedade.

11. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

12. Modo de atuação: ver nota 4 ao artigo anterior.

13. Conceito de apologia: significa louvor, elogio ou discurso de defesa.

14. Fato criminoso: neste tipo penal, utiliza-se a expressão como sinônimo de *crime*, não se considerando a contravenção penal.

15. Autor de crime: é a pessoa condenada, com trânsito em julgado, pela prática de um crime, não se incluindo a contravenção penal. Não é suficiente a mera acusação, pois o tipo não prevê apologia de pessoa *acusada* da prática de crime.

16. Objetos material e jurídico: os objetos material e jurídico são a paz pública.

17. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva perturbação social); de forma livre (pode

ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei); unissubjetivo (crime que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

Quadrilha ou bando

Art. 288. Associarem-se¹⁸⁻²⁰ mais de três pessoas,²¹ em quadrilha ou bando,²² para o fim de cometer crimes.²³⁻²⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.²⁹⁻³¹

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.³²

18. Análise do núcleo do tipo: *associar-se* significa reunir-se em sociedade, agregar-se ou unir-se. O objeto da conduta é a finalidade de cometimento de crimes. “O crime de formação de quadrilha aperfeiçoa-se com o momento associativo, o qual já pode se revelar pelas dimensões objetivas e subjetivas do *modus operandi* em único cometimento de autoria múltipla, sem se condicionar à realização de mais de um, consumado ou tentado, pelos membros da sociedade de delinquentes” (TJSP, Rev. 254.056-Limeira, 2.º Grupo de Câmaras, rel. Gonçalves Nogueira, 03.11.1998, v. u., JUBI 30/99).

19. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Existe a cautela de se exigir, pelo menos, quatro pessoas. O sujeito passivo é a sociedade.

20. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na finalidade de “cometer crimes”. Não se pune a forma culposa.

21. Número mínimo de quatro pessoas: o tipo penal não exige que todas elas sejam imputáveis, de modo que se admite, para a composição do crime, a formação de quadrilha entre maiores e menores de 18 anos (posição majoritária: Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 3, p. 188; Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 511; Damásio, *Código Penal anotado*, p. 818; Noronha, *Direito penal*, v. 4, p. 91-92). É o que se denomina de “concurso impróprio”. Natural, ainda, argumentar que depende muito da idade dos menores, uma vez que não tem cabimento, quando eles não têm a menor noção do que estão fazendo, incluí-los na associação. Se três maiores valem-se de uma criança de nove anos para o cometimento de furtos, não pode o grupo ser considerado uma quadrilha ou bando, pois um deles não tem a menor compreensão do que está fazendo. É apenas uma hipótese de autoria mediata, ou seja, os maiores usam o menor para fins escusos. Mas, quando se tratar de adolescente que, não responsável penalmente, tem discernimento para proceder à associação, forma-se a quadrilha e configura-se o tipo penal. Note-se que o ânimo associativo não depende do entendimento do caráter ilícito do fato, daí por que o adolescente já o possui, embora seja punido apenas pela Vara da Infância e Juventude, e não pela Vara Criminal. Em posição contrária, está o magistério de Marcelo Fortes Barbosa: “Ora, a característica fundamental da imputabilidade é a ausência da capacidade de

entender e de querer, e de autodeterminação e, conseqüentemente, do livre-arbítrio, e assim sendo, o menor não pode ser considerado pessoa para os fins de integralizar, com sua participação associativa, o crime do art. 288 do Código Penal” (*Latrocínio*, p. 96).

22. Quadrilha ou bando: são termos sinônimos, significando a reunião de, no mínimo, quatro pessoas, com caráter estável e permanente, visando à prática de delitos, ainda que não os tenham efetivamente cometido. Diferenciar os termos *quadrilha* e *bando* é tarefa inglória, tanto porque o tipo penal não o faz, quanto porque o resultado é exatamente o mesmo: basta que, pelo menos, quatro pessoas se associem para o cometimento de crimes para a concretização da infração penal descrita no art. 288. Nas palavras de Heleno Fragoso: “*Quadrilha* ou *bando* são termos que a lei emprega como sinônimos, definindo-se como associação estável de delinquentes (*societas delinquentium*), com o fim de praticar reiteradamente crimes, da mesma espécie ou não, mas sempre mais ou menos determinados” (*Lições de direito penal*, v. 3, p. 757). No mesmo prisma de serem termos idênticos, podendo ser usados um pelo outro: Paulo José da Costa Júnior, *Comentários ao Código Penal*, p. 886; Luiz Regis Prado, *Comentários ao Código Penal*, p. 983; Mirabete, *Código Penal interpretado*, p. 1547-1548; Damásio, *Código Penal anotado*, p. 818-819. Em contrário, adotando a lição de João Marcelo de Araújo Filho, está a posição de Marcelo Fortes Barbosa, mencionando que *quadrilha* é urbana, e *bando* é rural. Diz: “Quadrilha é organizada e dirigida a um fim, portanto, teleológica, operacionalizada previamente e indicativa de *societas sceleris* racional. Bando é difuso, inorgânico, de regra, ocasionalmente composto e sem

articulação, demandando racionalidade maior” (*Latrocínio*, p. 94).

23. Finalidade específica: como já visto, o elemento subjetivo específico é exigido neste tipo penal, devendo configurar-se como a vontade de realizar crimes *determinados*, e não o singelo agrupamento de pessoas que não tem a menor noção do que irão fazer. Por outro lado, para se concretizarem a estabilidade e a permanência, devem os integrantes do bando pretender realizar *mais de um* delito. Não fosse assim e tratar-se-ia de mero concurso de agentes. Acrescentem-se, ainda, outras finalidades especiais que movem pessoas a se unir em grupos, sem o objetivo de conturbar a paz pública, mas, sim, com a meta de chamar a atenção para a solução de algum problema. Conferir: TJSP: “Não caracterização de quadrilha ou bando – Movimento dos Sem Terra – Associação para a prática de crimes não comprovada – Invasão de propriedades com a finalidade de pressionar autoridades – Expediente que, apesar de perturbar a ordem pública, importa ilícito civil – Absolvição mantida” (Ap. 272.550-3-Andradina, 5.^a C., rel. Dante Busana, 26.10.2000, v. u., *JUBI* 54/01).

24. Objetos material e jurídico: os objetos material e jurídico são a paz pública.

25. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no cometimento efetivo do delito). Nesse prisma: STF: HC 88.978/DF, 2.^a T., rel. Cezar Peluso, 04.09.2007, v. u., *Informativo* 478; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de

evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.^o, CP); permanente (cuja consumação se prolonga no tempo). Nesse sentido: STJ, HC 95.428-GO, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 25.03.2008, v. u.; de perigo comum abstrato (coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, que é presumido pela lei). Sustentando, também, tratar-se de crime de perigo abstrato: Juarez Tavares, *Teoria do injusto penal*, p. 202; plurissubjetivo (delito que somente pode ser cometido por vários sujeitos); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); não admite tentativa, em razão da estabilidade e permanência requeridas (ou estão presentes e o crime está consumado ou estão ausentes, sendo um fato penalmente irrelevante).

26. Prática de crime continuado: o crime continuado é um benefício criado para permitir a aplicação de uma pena mais branda a quem realize mais de um delito da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, parecem ser uma continuação um do outro. É, segundo entendemos, autêntica ficção. Por isso, é plausível supor que pessoas associadas para a prática de vários roubos, por exemplo, ainda que em continuidade delitiva, possam provocar a concretização do crime previsto no art. 288. Afinal, estão agrupadas com a finalidade de cometer *crimes*, ainda que venham a ser considerados, para efeito de aplicação da pena, uma continuidade. Essa é a corrente amplamente majoritária na doutrina, ressaltando Paulo José da Costa Jr. que o mesmo se dá na Itália (*Comentários ao Código Penal*, p. 885). Há posição em sentido contrário (por todos, Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 512, destacando seguir a precedente lição de Hungria).

27. Concurso de pessoas: é controversa a aceitação do concurso de pessoas, na

espécie *participação*, no contexto do crime de quadrilha ou bando (plurissubjetivo). Há quem sustente a impossibilidade, pois a pessoa que dá algum tipo de auxílio para uma quadrilha deve ser considerada integrante da associação, isto é, co-autor necessário. Assim não pensamos, pois cremos admissível supor que um sujeito, conhecedor da existência de uma determinada quadrilha, resolva, por uma só vez, auxiliar a sua organização, cedendo aos integrantes do grupo um local para o encontro. Tornou-se partícipe, sem integrar o bando. É o que sustentam Antolisei, Cicola, Pannaim e Esther Figueiredo Ferraz, que faz a citação dos primeiros (*A co-delinqüência no direito penal brasileiro*, p. 134).

28. Concurso do crime de quadrilha com outro delito qualificado pela mesma circunstância: cremos admissível a possibilidade de punição do agente pela associação em quadrilha ou bando, algo que ofende a sociedade, tratando-se de crime de perigo abstrato e comum, juntamente com o roubo com causa de aumento, consistente na prática por duas ou mais pessoas, delito que se volta contra vítima determinada e é de dano. Inexiste *bis in idem*, pois os objetos jurídicos são diversos, bem como a essência dos delitos. Fossem ambos de perigo ou ambos de dano, poder-se-ia falar em dupla punição pelo mesmo fato. No sentido que defendemos: STF: “Cumulação da qualificadora do crime de roubo (uso de arma) com a qualificadora de quadrilha armada. O crime de quadrilha é um crime autônomo, que independe dos demais crimes que vierem a ser cometidos pelo bando. É, também, um crime permanente que se consuma com o fato da associação e cuja unidade perdura, não obstante os diversos crimes-fim cometidos pelos integrantes do grupo criminoso” (HC 75.349-3, 2.^a

T., rel. Néri da Silveira, 21.10.1997, v. u., DJ 26.11.1999, p. 84). Idem: STJ: HC 35.220-RS, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 05.10.2004, v. u., DJ 08.11.2004, p. 259; HC 28.035-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 01.03.2005, v. u., DJ 01.08.2005, p. 560 (ver, ainda, a nota 24 ao art. 157).

29. Pena diferenciada: quando a quadrilha ou bando se formar para o fim de cometer crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, a pena será de 3 a 6 anos (art. 8.^o, Lei 8.072/90). Havendo delação, quando o participante ou associado denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, acarretando o seu desmantelamento, a pena será reduzida de um a dois terços (art. 8.^o, parágrafo único, Lei 8.072/90). Nessa última hipótese, entendemos cabível a causa de diminuição de pena somente quando se tratar de crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico e terrorismo), pois é previsão feita no parágrafo único do art. 8.^o da lei específica, não podendo ser generalizado para todos os casos do art. 288.

30. Prova autônoma dos crimes: o delito do art. 288 tem prova autônoma dos diversos crimes que o bando puder praticar. Assim, nada impede que o sujeito seja condenado pela prática de quadrilha ou bando, porque as provas estavam fortes e seguras, sendo absolvido pelos crimes cometidos pelo grupo, tendo em vista provas fracas e deficitárias.

31. Cessaçã da permanência: ocorre com o recebimento da denúncia pelo crime de quadrilha ou bando. Assim, caso os agentes permaneçam na mesma atividade criminosa, é possível haver nova acusação, inexistindo, nessa hipótese, *bis in idem*. Nesse prisma: STF: HC 78.821-SP, 1.^a T., rel. Octavio Gallotti, 04.05.1999, DJ 17.03.1999, p. 2.

32. **Causa de aumento de pena:** deve o juiz dobrar a pena aplicada (referente ao *caput*) quando a quadrilha ou bando for armada, isto é, fizer uso de arma. Como o tipo penal não estabelece qualquer restrição, entende-se ser possível configurar a causa de aumento tanto a arma própria (instrumento destinado a servir de arma, como as armas de fogo, punhais, espadas etc.) como a imprópria (instrumento utilizado extraordinaria-

mente como arma, embora sem ter essa finalidade, como ocorre com a faca de cozinha, pedaços de pau, entre outros). Parece-nos possível configurar a causa de aumento quando apenas um dos membros da quadrilha está armado, desde que todos saibam e concordem com isso. E mais, cremos ser indispensável que o porte das armas se faça de modo ostensivo, o que gera maior intranquilidade e conturbação à paz pública.

Dos crimes contra a fé pública

Capítulo I DA MOEDA FALSA

Moeda falsa¹

Art. 289. Falsificar,²⁻⁴ fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda⁵ de curso⁶ legal no país⁷ ou no estrangeiro:⁸⁻¹⁰

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1.º Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa¹¹⁻¹³ ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.¹⁴⁻¹⁶

§ 2.º Quem,¹⁷⁻¹⁹ tendo recebido de boa-fé, como verdadeira,²⁰ moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação,²¹ depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.²²⁻²³

§ 3.º É punido²⁴ com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

I – de moeda com título²⁵ ou peso²⁶ inferior ao determinado em lei;

II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.²⁷⁻²⁸

§ 4.º Nas mesmas penas incorre quem desvia²⁹ e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.³⁰

1. Proteção internacional: o Brasil é signatário da Convenção Internacional para a Repressão da Moeda Falsa (Decreto 3.074/38). Explica Noronha que “a fé pública é um bem jurídico internacional. A cooperação entre as nações para a tutela desse interesse econômico universal firmou-se bem antes e bem mais amplamente no campo do direito penal, do que no chamado

direito administrativo internacional (união monetária latina, escandinava etc.). E isso se explica facilmente, refletindo-se que é muito mais fácil o acordo na reação contra a delinquência do que na sujeição a um único regime monetário. Hoje, portanto, com a incriminação do falso numário, não se limita a lei a proteger a soberania monetária do Estado, mas tutela a circulação monetária em geral, se bem que, em relação aos delitos cometidos no estrangeiro, o Estado naturalmente se preocupa em assegurar de modo especial o que mais o interessa” (*Direito penal*, v. 4, p. 106).

2. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* quer dizer reproduzir imitando, ou imitar com fraude. Associa-se essa conduta às seguintes: a) *fabricar* (manufaturar ou cunhar); b) *alterar* (modificar ou adulterar). O objeto é a moeda em curso no País ou no estrangeiro. Exige-se que a reprodução imitadora seja convincente, pois se for grosseira e bem diversa da original não se configura o delito. Aliás, tratar-se-ia de crime impossível (objeto absolutamente impróprio). Entretanto, se o agente conseguir ludibriar a vítima, com uma falsificação grosseira qualquer, obtendo vantagem, pode-se, conforme a situação concreta, tipificar o crime de estelionato, de competência da justiça estadual (Súmula 73 do STJ: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual”).

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

4. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

5. Moeda metálica e papel-moeda: moeda é o “valorímetro dos bens econômicos, o denominador comum a que se reduz o valor das coisas úteis” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 202-203). No passado, utilizavam-se para confeccionar a moeda metais nobres, como ouro e prata, que, atualmente, não mais são usados. Os metais usados para o cunho de moedas são vulgares, sem valor em si mesmos. Por outro lado, passou-se a representar a moeda também pelo papel, chamado de *papel-moeda*, que são as notas ou cédulas de dinheiro. Cabe ao Conselho Monetário Nacional regular o valor interno da moeda (art. 3.º, II, da Lei 4.595/64), bem como autorizar as emissões de papel-moeda (art. 4.º, I, da mesma lei). Ao Banco Central do Brasil compete emitir papel-moeda e moeda metálica, conforme autorização dada pelo Conselho Monetário Nacional (art. 10 da citada lei, bem como art. 164 da Constituição Federal). Por outro lado, à Casa da Moeda compete a fabricação, em caráter exclusivo, de papel-moeda e moeda metálica (art. 2.º da Lei 5.895/73), fixando as características técnicas e artísticas do papel-moeda (art. 5.º da Lei 4.511/64).

6. Curso legal: o meio circulante é constituído de moedas metálicas e de cédulas (art. 2.º da Lei 4.511/64; art. 1.º da Lei 9.069/95), legalmente fabricadas e emitidas.

7. Outras figuras típicas relacionadas: levando-se em conta a obrigatoriedade de recebimento da moeda em curso legal no País, encontramos a contravenção penal do art. 43 da Lei das Contravenções Penais: “Recusar-se a receber pelo seu valor, moeda de curso legal do País: Pena – multa”. Tendo em vista que não se permite a utilização de qualquer tipo de impresso que se assemelhe, de algum modo, às cédulas de

papel-moeda ou às moedas metálicas (art. 13 da Lei 4.511/64), temos o art. 44: “Usar, como propaganda, de impresso ou objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda: Pena – multa”.

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a moeda metálica ou papel-moeda. O objeto jurídico é a fé pública.

8-A. Aplicação do princípio da insignificância (bagatela): inviabilidade. O objeto jurídico tutelado não admite a insignificância, uma vez que se trata da fé pública e, conseqüentemente, da confiança que a sociedade deposita na moeda. Conferir: TRF-3.ª Região: “Não se pode perder de vista que o crime de moeda falsa é crime contra o Estado, relacionado dentre aqueles praticados contra a fé pública. Se essa é a primeira premissa, a segunda é a de que não se pode reconhecer o princípio da insignificância em face de crimes contra a fé pública. (...) Conforme se verifica, a *mens legis* é no sentido de manter a confiança que as pessoas devem depositar na moeda. Não visa a preservação do valor contido na cédula, nem pretende evitar prejuízo medido em pecúnia. Assim, quando estamos diante de crimes como o de moeda falsa, não se mostra possível quantificar o dano causado à sociedade, supondo que menor quantidade de notas representa, de forma matemática, um menor prejuízo” (RSE 1999.61.81.002217-2 RCCR 2554, 5.ª T., rel. Ramza Tartuce, 08.11.2004, v. u.).

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo

impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa. Não se deve olvidar que a fase de preparação para a falsificação de moeda pode ser considerada típica, diante da existência do crime previsto no art. 291 do Código Penal.

10. Competência: Justiça Federal.

11. Análise do núcleo do tipo: *importar* (trazer do exterior para dentro das fronteiras do País); *exportar* (remeter para fora do País); *adquirir* (obter ou comprar); *vender* (alienar por certo preço); *trocar* (permutar ou substituir uma coisa por outra); *ceder* (transferir a posse ou a propriedade a terceiro); *emprestar* (confiar algo a alguém, por determinado período, para ser devolvido); *guardar* (tomar conta ou vigiar); *introduzir* (fazer entrar). O objeto é moeda falsa em circulação.

12. Sujeitos ativo e passivo: são os mesmos do *caput*.

13. Elemento subjetivo do tipo: é o mesmo do *caput*.

14. Moeda falsa: é a moeda que não tem validade, por não estar em curso legal no País ou no estrangeiro.

15. Objetos material e jurídico: iguais aos do *caput*.

16. Classificação: mantém-se a classificação realizada no *caput*, alterando-se o seguinte: a) quanto à conduta “guardar”, de instantâneo para permanente (delito

cuja consumação se arrasta no tempo); b) quanto à conduta “vender”, de formal para material, pois implica em resultado naturalístico, consistente no recebimento de determinado preço pela entrega da moeda falsa.

17. Análise do núcleo do tipo: *receber* (aceitar ou tomar como pagamento); *restituir* (devolver); *conhecer* (ter informação ou saber). O objeto é a moeda falsa recebida como verdadeira. O tipo é privilegiado, pois a pena é alterada para menor, passando de reclusão para detenção e com o mínimo e o máximo caindo para seis meses a dois anos.

18. Sujeitos ativo e passivo: são os mesmos do *caput*.

19. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, embora se exija somente a forma *direta* (“depois de conhecer a falsidade”). Não há elemento subjetivo do tipo específico, nem se pune a forma culposa.

20. Recebimento de boa-fé como se verdadeira fosse: a situação, aparentemente, implica numa contradição, pois o sujeito que recebe moeda, a qualquer título, estando de boa-fé, certamente a está tomando como verdadeira. Seria incompreensível que alguém, de *boa-fé*, recebesse moeda falsa. A segurança da descrição típica fez com que o legislador especificasse a situação.

21. Restituição à circulação: a moeda tem como finalidade precípua circular, isto é, correr de mão em mão. Portanto, normalmente para evitar prejuízo, o recebedor de boa-fé, sabendo que a moeda é falsa, passa-a adiante, de qualquer forma, lesionando, também, a fé pública.

22. Objetos material e jurídico: iguais aos do *caput*.

23. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo a alguém, com a utilização de qualquer papel falsificado); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), mas permanente (cujo resultado se arrasta no tempo) na figura “guardar”; unissubjetivo (delito que pode ser cometido por um só agente); unissubsistente (cometido em um único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

24. Figura qualificada: a pena máxima é aumentada para quinze anos, quando pessoa qualificada (funcionário público ou diretor, gerente ou fiscal de banco de emissão) pratica as seguintes condutas: a) *fabricar* (manufaturar ou cunhar); b) *emitir* (pôr em circulação); c) *autorizar a fabricação ou emissão* (dar permissão para manufaturar ou para colocar em circulação). O objeto é moeda. Trata-se, também, de norma penal em branco, pois é preciso o complemento dado por outra norma, a fim de saber qual é o título ou peso determinado *em lei* e qual é a quantidade *autorizada*.

25. Título: é o texto contido na liga metálica. Ex.: *1 Real*, na moeda metálica.

26. Peso: é o produto da massa de um corpo conforme a aceleração da gravidade, passível de determinação em medidas. Aplica-se à moeda metálica, que possui peso determinado em lei.

27. Quantidade superior à determinada: há um limite para a fabricação ou emissão de papel-moeda, controlado pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central. Ultrapassar esse limite constitui crime. Exemplo desse controle de emissão de moeda no mercado pode ser constatado na época de mudança da moeda antiga para a atual (real). O art. 1.º da Lei 8.891/94 estabeleceu o limite de um bilhão e quinhentos milhões de unidades para impressão de cédulas do novo padrão monetário.

28. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo especial ou qualificado); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em causar efetivo prejuízo a alguém); de forma vinculada (pode ser cometido somente pelo meio eleito em lei, uma vez que a fabricação e a emissão de moeda verdadeira têm processo específico); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

29. Análise do núcleo do tipo: *desviar* (mudar a direção ou afastar-se de determinado ponto); *fazer circular* (promover a propagação ou colocar em curso). O objeto é a moeda não autorizada a circular.

30. Norma penal em branco: a autorização para a circulação da moeda deve ser

buscada em outra norma, que merece ser analisada para a configuração deste tipo.

Crimes assimilados ao de moeda falsa

Art. 290. Formar³¹⁻³³ cédula, nota ou bilhete representativo de moeda³⁴ com fragmentos³⁵ de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros;³⁶ suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos,³⁷ para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização;³⁸ restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições,³⁹ ou já recolhidos para o fim de inutilização:⁴⁰⁻⁴²

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. O máximo⁴³ de reclusão é elevado a 12 (doze) anos e o da multa a Cr\$ 40.000 (quarenta mil cruzeiros), se o crime é cometido por funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

31. Análise do núcleo do tipo: formar (dar forma, construir ou compor), que é a primeira conduta, compõe-se com cédula, nota ou bilhete representativo de moeda, concebida a partir de fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; *suprimir* (eliminar ou fazer desaparecer), que é a segunda conduta, associa-se a sinal indicativo da sua inutilização; *restituir à circulação* (devolver ao manejo público) coordena-se com nota ou bilhete inutilizado ou recolhido. É sempre indispensável haver aparência de autenticidade nas cédulas, notas ou bilhetes para se configurar o delito. Trata-se de tipo misto cumulativo, havendo três condutas diversas, passíveis de punição autônoma. Entretanto, quanto à terceira conduta, aplica-se a teoria do *fato posterior não punível*, quando a restituição à circulação for feita pelo próprio agente que *fabricou* a cédula, nota ou bilhete, ou

mesmo *suprimiu* sinal identificador da sua inutilização.

32. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

33. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, não se exigindo elemento subjetivo específico nas formas “formar” e “restituir”. Quanto à modalidade “suprimir”, demanda-se o dolo, embora com elemento subjetivo específico, consistente na vontade de “restituí-los à circulação”. Não se pune a forma culposa.

34. Cédula, nota e bilhete representativo de moeda: são termos correlatos, representativos do papel-moeda.

35. Fragmento: é a parte de um todo ou pedaço de algo partido. Portanto, pune-se a conduta do agente que ajunta pedaços de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros para construir uma moeda falsa, como se verdadeira fosse.

36. Colagem de notas verdadeiras: se o agente ajuntar pedaços de uma cédula verdadeira em outra, cremos tratar-se da figura deste artigo, e não do crime de moeda falsa. Afinal, a cédula não é fabricada pelo agente, nem tampouco alterada – que seriam condutas do art. 289 –, mas apenas *composta* por cédulas verdadeiras. E Hungria cita o seguinte exemplo: “No famoso ‘Caso da Caixa de Conversão’, as cédulas recolhidas (destinadas à incineração) eram picotadas, e os agentes do crime (funcionários da repartição) destacavam as múltiplas partes não atingidas pelo picote e com elas, habilmente ajustadas, formavam novas cédulas (e por muito tempo passou despercebido que cada um dos exemplares assim formados apresentava duplicidade

de numeração)” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 211).

37. Recolhimento do papel-moeda: é efetivado toda vez que contiver marcas, símbolos, desenhos ou outros caracteres a ele estranhos, perdendo seu poder de circulação (art. 14 da Lei 4.511/64).

38. Sinal indicativo de sua inutilização: *sinal* é qualquer marca utilizada para servir de alerta, captado pelos sentidos, possibilitando reconhecer ou conhecer alguma coisa. No caso mencionado no tipo penal, a sua função é proporcionar a detecção das cédulas marcadas para destruição.

39. Condições específicas: a restituição à circulação de cédula, nota ou bilhete *em tais condições* significa aquela que já tiver sido *recolhida* por qualquer razão ou contiver *sinal indicativo* de que será inutilizada. Pode, também, ser a cédula *construída* por fragmentos verdadeiros, pois ela também retornará à circulação.

40. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser fragmento de cédula, nota ou bilhete verdadeiro ou moeda recolhida. O objeto jurídico é a fé pública.

41. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em haver efetivo prejuízo material ao Estado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo

(aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

42. Competência: Justiça Federal.

43. Figura qualificada: aumenta-se a pena máxima para 12 anos de reclusão quando o crime for cometido por funcionário público, trabalhando justamente na repartição onde o dinheiro estava guardado, ou tendo acesso facilitado ao local, por conta do seu cargo. Quanto à pena de multa, não é passível de elevação, uma vez que, após a Reforma Penal de 1984, não mais se fala em valor nominal para a pena pecuniária, e sim em quantidade de dias-multa. Portanto, onde se lê “Cr\$ 40.000”, deve-se ler “multa”. Ao fixar o número de dias-multa e o valor de cada um deles, deve o juiz levar em consideração que essa multa precisa ser superior àquela prevista no *caput*.

Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291. Fabricar,⁴⁴⁻⁴⁶ adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo,⁴⁷ aparelho,⁴⁸ instrumento⁴⁹ ou qualquer objeto⁵⁰ especialmente⁵¹ destinado à falsificação de moeda;⁵²⁻⁵⁵

Pena – reclusão, de 2 (dois) e 6 (seis) anos, e multa.

44. Análise do núcleo do tipo: *fabricar* (construir ou cunhar); *adquirir* (obter ou comprar); *fornecer* (garantir ou prover), de forma onerosa (mediante o pagamento de certo preço) ou gratuita (sem contraprestação); *possuir* (ter a posse ou reter); *guardar* (vigiar ou tomar conta de algo). O objeto pode ser maquinismo, aparelho,

instrumento ou outro objeto destinado à falsificação de moeda. Nota-se que essa é a fase de preparação do crime de moeda falsa, que o legislador resolveu nivelar à categoria de delito autônomo. O tipo é misto alternativo: a prática de uma ou mais condutas implica sempre num único crime.

45. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

46. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

47. Maquinismo: é o conjunto de peças de um aparelho ou mecanismo.

48. Aparelho: é o conjunto de mecanismos existente numa máquina.

49. Instrumento: objeto empregado para a execução de um trabalho.

50. Qualquer objeto: trata-se de interpretação analógica, lançando o tipo penal os exemplos de objetos (tudo que é manipulável ou perceptível aos sentidos), para depois generalizar, usando a fórmula “qualquer objeto” destinado à falsificação.

51. Especialmente: é o maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto que tem por finalidade *principal* falsificar moeda. Pode até ser utilizado para outros fins, embora se concentre na contrafação de moeda.

52. Objetos material e jurídico: o objeto material é o maquinismo, aparelho, instrumento ou outro objeto destinado à falsificação de moeda. O objeto jurídico é a fé pública.

53. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido

por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em efetivamente falsificar moeda com prejuízo do Estado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “fabricar”, “adquirir” e “fornecer”, mas permanente (cuja consumação se prolonga no tempo) nas modalidades “possuir” e “guardar”; unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubjetivo (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); não admite tentativa, pois se trata da tipificação da preparação do crime previsto no art. 289. Ora, a fase de preparação normalmente é penalmente irrelevante, pois o direito brasileiro adotou a teoria objetiva no campo da tentativa (ver notas ao art. 14, II). Assim, quando, por exceção, resolve o legislador criar o tipo penal especialmente para puni-la, é natural que não admita tentativa.

54. Delito subsidiário: trata-se da subsidiariedade implícita, isto é, quando um tipo envolve outro de modo tácito. O crime previsto neste tipo, como já mencionado, pode ser a fase preparatória do delito de moeda falsa, razão pela qual, se o agente fabricar um aparelho para falsificar moeda e terminar contrafazendo-a, responde unicamente pela infração principal, que é a do art. 289.

55. Competência: Justiça Federal.

Emissão de título ao portador sem permissão legal

Art. 292. Emitir,⁵⁶⁻⁵⁸ sem permissão legal,⁵⁹ nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro⁶⁰ ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago.⁶¹⁻⁶²

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza⁶³⁻⁶⁵ como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.⁶⁶⁻⁶⁷

56. Análise do núcleo do tipo: *emitir* significa colocar em circulação. O objeto é a nota, bilhete, ficha, vale ou título com promessa de pagamento em dinheiro. A finalidade de existência deste tipo penal é evitar que papéis não autorizados pela lei passem a ocupar, gradativamente, o lugar da moeda. Imagine-se que um empregador emita a seus funcionários vales, em lugar de efetuar o pagamento do salário em dinheiro. Se esses vales tiverem um determinado valor em dinheiro e forem inominados, ou seja, devendo ser pagos a quem os apresentar ao empresário, no futuro, torna-se evidente que podem ser negociados, entrar em circulação e substituir a moeda. Proliferando, tendo credibilidade junto ao público, nada impede que algumas pessoas passem a aceitar os referidos *vales* como substitutivos do papel-moeda, colocando em grave risco a fé pública. Pode ocorrer de, subitamente, o empresário não mais honrar o pagamento dos vales, até mesmo porque fechou sua empresa, deixando vários beneficiários sem qualquer garantia.

57. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que os coloque em circulação. É possível haver

participação daquele que subscreveu o título, desde que saiba que seria colocado em circulação. O sujeito passivo é o Estado.

58. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

59. Norma penal em branco: trata-se de um elemento normativo do tipo, representado por um componente da ilicitude – *sem permissão legal* – inserido no tipo, que indica haver necessidade de um complemento, isto é, consulta à legislação específica para saber se há ou não autorização para a emissão dos títulos. Havendo, trata-se de fato atípico.

60. Nota, bilhete, ficha, vale e título: *nota* (cédula ou papel onde se insere um apontamento para lembrar alguma coisa); *bilhete* (título de obrigação ao portador); *ficha* (peça de qualquer material utilizada para marcar pontos num jogo, podendo representar quantias em dinheiro); *vale* (escrito informal, representativo de dívida); *título* (qualquer papel negociável). Nesses papéis deve estar representada uma promessa de pagamento em dinheiro *ao portador*, isto é, sem beneficiário definido, ou quando *falte indicação* do beneficiário que receberá o dinheiro. Esclarecem Hungria e Noronha não estarem inseridos neste dispositivo legal os vales íntimos (os emitidos dentro de um estabelecimento agrícola, industrial ou comercial, de qualquer espécie, representativos de um simples lembrete para pagamento), os vales de caixa (emitidos no comércio para comprovar algum suprimento urgente ou retirada em dinheiro), os títulos representativos de algum negócio ou mercadoria (conhecimento de depósito, *warrant*, passagens de veículos, entre outros), pois não se destinam à circulação, fazendo concorrência com a moeda (respectivamente,

Comentários ao Código Penal, v. 9, p. 233-234; *Direito penal*, v. 4, p. 126).

61. Objetos material e jurídico: o objeto material é a nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro. O objeto jurídico é a fé pública.

62. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva concorrência dos títulos com a moeda, prejudicando a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“emitir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (delito praticado num único ato). Essa é, também, a posição de Fragoso. Em sentido contrário, admitindo a forma plurissubsistente estão as posições de Noronha (*Direito penal*, v. 4, p. 127) e Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 520). Para quem adota a posição de ser o crime unissubsistente, não se admite a tentativa. Cremos ser impossível encontrar *iter criminis* válido, pois a conduta punida é a *emissão* (colocação do título em circulação). Portanto, ou o agente efetivamente *emite* o título ou trata-se de um irrelevante penal.

63. Análise do núcleo do tipo: *receber* (aceitar em pagamento, tomar) e *utilizar* (empregar, fazer uso) são as condutas puníveis. O objeto é qualquer dos documentos citados no *caput*. Tem-se por fim impedir que, uma vez emitidos os títulos, as pessoas deles façam uso como se dinheiro fossem.

64. Sujeitos ativo e passivo: os mesmos do *caput*.

65. Elemento subjetivo do tipo: o mesmo do *caput*.

66. Objetos material e jurídico: os mesmos do *caput*.

67. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a circulação da moeda e para a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

Capítulo II

DA FALSIDADE DE TÍTULOS E OUTROS PAPÉIS PÚBLICOS

Falsificação de papéis públicos

Art. 293. Falsificar,¹⁻³ fabricando-os ou alterando-os:

I – selo destinado a controle tributário,⁴⁻⁵ papel selado⁶ ou qualquer papel de emissão legal⁷ destinado à arrecadação de tributo;⁸

II – papel de crédito público⁹ que não seja moeda de curso legal;

III – vale postal;¹⁰⁻¹¹

IV – cautela de penhor,¹² caderneta de depósito de caixa econômica¹³ ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público;

V – talão,¹⁴ recibo,¹⁵ guia,¹⁶ alvará¹⁷ ou qualquer outro documento¹⁸ relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável;

VI – bilhete,¹⁹ passe²⁰ ou conhecimento de empresa de transporte²¹ administrada pela União, por Estado ou por Município.²²⁻²³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem:

I – usa, guarda, possui ou detém²⁴ qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;^{25-25-A}

II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação^{25-B} selo falsificado destinado a controle tributário;^{25-C}

III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio,^{25-D-25-F} no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria;^{25-G}

a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário falsificado;^{25-H}

b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.^{25-I}

§ 2.º Suprimir,²⁶⁻²⁸ em qualquer desses papéis, quando legítimos,²⁹ com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo³⁰ de sua inutilização;³¹⁻³³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3.º Incorre na mesma pena quem usa,³⁴ depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o parágrafo anterior.³⁵

§ 4.º Quem usa ou restitui³⁶⁻³⁷ à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem este artigo e o seu § 2.º, depois de

conhecer³⁸ a falsidade ou alteração, incorre na pena³⁹ de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.⁴⁰⁻⁴²

§ 5.º Equipara-se a atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1.º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.^{42-A}

1. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* quer dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer. Conjuga-se a conduta com as formas *fabricar* (manufaturar, construir, cunhar) e *alterar* (modificar, transformar). Os objetos estão descritos nos incisos.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

4. Selo destinado a controle tributário: é a marca feita por carimbo, sinete, chancela ou máquina, inclusive por meio de estampilha (ver a nota 6 abaixo), cuja finalidade é comprovar o pagamento de determinada quantia referente a tributo.

5. Anterior derrogação do art. 293, inciso I: a antiga redação do inciso I mencionava *selo postal*, mas já se encontrava revogada pelo disposto no art. 36 da Lei 6.538/78 (“Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal: Pena – reclusão, até 8 (oito) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece, utiliza ou restitui à circulação, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal falsificados”).

6. Papel selado: é a estampilha fixa, ou seja, “o selo destinado a facilitar, assegurar e comprovar (atestar) o pagamento de certos impostos ou taxas (federais, estaduais ou municipais), seja na órbita administrativa, seja na órbita judiciária. Também pode ser *adesiva* ou *fixa*, constituindo neste último caso o *papel selado*, a que expressamente se refere o inciso em exame” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 238).

7. Qualquer papel de emissão legal: após ter exemplificado (selo e papel selado), indica a norma penal, por interpretação analógica, que também se encaixam neste artigo todas as outras formas eventualmente criadas pela Administração para a mesma finalidade.

8. Destinação dos papéis: todos eles têm a finalidade de garantir o controle da arrecadação de tributos em geral.

9. Papel de crédito público: são os títulos da dívida pública (federal, estadual ou municipal), que não representam moeda em curso, mas podem servir como meio de pagamento, como as apólices ou letras do Tesouro.

10. Vale postal: é a letra de câmbio postal, ou seja, “um título de crédito emitido por alguma repartição do Departamento dos Correios e Telégrafos em favor de terceiros, por conta de quem aí deposita a quantia correspondente” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 239).

11. Derrogação do art. 293, inciso III: foi substituído o inciso III pelo art. 36 da Lei 6.538/78 (“Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal: Pena – reclusão, até 8 (oito) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem importa

ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece, utiliza ou restitui à circulação, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal falsificados”).

12. Cautela de penhor: é um documento público e título de crédito relativo a um penhor realizado, que pode ser resgatado pagando-se o devido bem como retirando-se a coisa apenhada.

13. Caderneta de depósito de caixa econômica: trata-se de documento praticamente inexistente nos dias de hoje e sem nenhuma valia para o falsificador, que dele não tirará proveito algum. É o livrete onde se registram os depósitos feitos em estabelecimento bancário de economia popular, denominados de “caixa econômica”.

14. Talão: define Hungria ser o “documento de quitação que se destaca de adequado libreto, onde fica residualmente o denominado ‘canhoto’, com dizeres idênticos aos do correspondente talão” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 241).

15. Recibo: é a declaração escrita de quitação.

16. Guia: é o formulário utilizado para o pagamento de determinadas importâncias em repartições públicas.

17. Alvará: é o documento passado por autoridade administrativa ou judiciária para autorizar depósito ou arrecadação (no contexto deste tipo penal).

18. Qualquer outro documento: é a interpretação analógica, determinando que outros papéis, equivalentes aos primeiros exemplificados, também podem ser objeto de falsificação, desde que destinados à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução de responsabilidade do poder público.

19. Bilhete: é o papel que serve de senha para autorizar alguém a fazer percurso em determinado veículo coletivo.

20. Passe: é o bilhete, gratuito ou oneroso, normalmente fornecido com abatimento, que dá direito ao transporte público.

21. Conhecimento de empresa de transporte: é o documento que “certifica a entrega de coisas para o transporte e legitima a ulterior restituição a quem o apresentar” (Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 241).

22. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser selo destinado a controle tributário, papel selado, outro papel semelhante, papel de crédito público, vale postal, cautela de penhor, caderneta de depósito, talão, recibo, guia, alvará, outro documento semelhante, bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte. O objeto jurídico é a fé pública.

23. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para alguém, com a utilização de qualquer papel falsificado); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), mas permanente (cujo resultado se arrasta no tempo) nas formas *guardar*, *possuir* ou *deter* do § 1.º, inciso I, e na forma *guardar* do inciso II, e nas formas *expor à venda*, *manter em depósito*, *guardar e portar* do inciso III; unissubjetivo (que pode ser

praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

24. Análise do núcleo do tipo: *usar* significa empregar com habitualidade, servir-se de algo; *guardar* quer dizer tomar conta, cuidar para que fique seguro; *possuir* tem o significado de ter a posse ou propriedade de algo; *deter* quer dizer conservar em seu poder. Portanto, aquele que fizer uso, guardar, possuir ou meramente detiver qualquer dos papéis falsificados ou alterados, descritos nos incisos anteriores, responde igualmente pelo crime previsto no art. 293, cuja pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa.

25. Concurso com a falsificação: não há. Se o agente falsificar o papel e depois utilizá-lo, por exemplo, deve responder somente pela falsificação, pois as figuras do § 1.º, inciso I, representam *fato posterior não punível*.

25-A. Sujeitos do crime, elemento subjetivo, objetos do crime e classificação: ver as notas 2, 3, 22 e 23, respectivamente.

25-B. Análise do núcleo do tipo: *importar* (trazer algo do exterior para o território nacional); *exportar* (levar algo do território nacional para o exterior); *adquirir* (obter, conseguir); *vender* (trocar por certo preço); *trocar* (permutar, dar uma coisa por outra); *ceder* (transferir a posse ou a propriedade a outrem); *emprestar* (confiar o uso de algo a alguém por certo tempo, gratuitamente); *guardar* (tomar conta, cuidar para que fique seguro); *fornecer* (abastecer, prover); *restituir* (devolver) à circulação. Essas inúmeras condutas alternativas têm por objeto o selo falsificado destinado a controle tributário. Logo, se no inciso I já se fala em quatro outras condutas diversas

de falsificar, fabricar ou alterar (*caput*), no inciso II, na ânsia de abranger todos os comportamentos possíveis, chega-se a repetir, inutilmente, o verbo *guardar*. De toda forma, o inciso I é mais abrangente, pois envolve todos os papéis descritos nos incisos do art. 293, enquanto o inciso II faz referência apenas ao selo falsificado destinado a controle tributário. Caso o agente realize mais de uma conduta (ex.: importa, vende, cede e fornece selos), responde por um só crime.

25-C. Sujeitos do crime, elemento subjetivo, objetos do crime e classificação: ver as notas 2, 3, 22 e 23, respectivamente.

25-D. Análise do núcleo do tipo: vera nota 25-B, acrescentando *expor à venda* (exibir ou mostrar com o intuito de vender); *manter em depósito* (conservar em lugar próprio); *portar* (carregar consigo); *utilizar* (fazer uso). Os objetos dessas condutas são os produtos ou mercadorias que contenham os selos falsificados ou que não contenham os que são obrigatórios. O tipo é misto alternativo, significando que a prática de uma só conduta ou mais de uma implica no cometimento de uma só infração penal.

25-E. Sujeitos do crime: o sujeito ativo é o comerciante ou industrial. Por equiparação (§ 5.º), pode ser, também, qualquer pessoa que possua comércio irregular ou clandestino. O sujeito passivo é o Estado.

25-F. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Existe elemento subjetivo específico consistente em agir *em proveito próprio ou alheio*. Não existe a forma culposa.

25-G. Classificação: trata-se de crime próprio (demanda sujeito ativo qualificado); formal (não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva perda de arrecada-

ção por parte do Estado); de forma livre (não há forma definida para a sua prática); comissivo (os verbos demonstram ação), excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (o resultado se dá em tempo determinado), exceto nas formas *manter em depósito*, *guardar* e *portar*, que evidenciam permanência (o resultado se prolonga no tempo); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubsistente (demanda a prática de mais de um ato); admite tentativa.

25-H. Excessiva cautela legislativa: não há necessidade de haver esta figura típica. Quem guardar selo falsificado, por exemplo, já está incurso na figura do art. 293, § 1.º, I, e também no mesmo parágrafo, inciso II. Não bastasse, se o selo estiver colocado em alguma mercadoria (como cigarros ou bebidas, por exemplo), devidamente guardada, incide o sujeito na terceira figura típica simultânea. Ora, o tipo foi alterado não para corrigir distorções, mas, simplesmente, mais uma vez, piorar o cenário das normas penais incriminadoras, confusas e de redação equivocada. Note-se que qualquer pessoa que utilize produto contendo selo falsificado, em última análise, está usando o próprio selo, pois se beneficia justamente do não pagamento do tributo devido. Logo, fazer uso do selo falsificado é mais do que suficiente (como constava na antiga redação do § 1.º do art. 293), não havendo necessidade alguma de inserir outras figuras, como vender mercadoria contendo selo falsificado, pois, nesta situação, está-se usando o selo do mesmo modo.

25-I. Crime contra a ordem tributária: inseriu-se no § 1.º, III, *b*, um tipo penal que não tem por finalidade zelar pela fé pública, como os demais tipos deste capítulo, mas,

ao contrário, volta-se exclusivamente para o combate à sonegação. O comerciante ou industrial que importar, exportar, adquirir, vender (entre outras condutas dispostas no inciso III do § 1.º) produto ou mercadoria *sem selo oficial*, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação, incorre nas penas do delito de *falsificação de papéis públicos*. Não há nenhuma relação direta entre falsificar selo e vender cigarro sem selo. A primeira conduta é lesiva à fé pública; a segunda é, apenas, sonegação de tributo.

26. Análise do núcleo do tipo: *suprimir* (eliminar ou fazer desaparecer).

27. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

28. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acrescido do elemento subjetivo específico, que é a “finalidade de torná-los novamente utilizáveis”. Não se pune a forma culposa.

29. Elemento normativo do tipo: *legitimidade* significa legalidade, ou seja, produzido conforme determinação legal.

30. Carimbo ou sinal: *carimbo* é o instrumento destinado a produzir sinais ou o resultado da marca produzida; *sinal* é qualquer marca utilizada para servir de alerta, captado pelos sentidos, possibilitando reconhecer ou conhecer alguma coisa. Quando o papel contiver um carimbo ou sinal para identificar ter sido inutilizado, pode ser objeto deste tipo penal.

31. Objetos material e jurídico: o objeto material é o papel legítimo inutilizado por sinal ou carimbo. O objeto jurídico é a fé pública.

32. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“suprimir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

33. Confronto com figura típica mais recente: quando se tratar de selo ou vale postal, aplica-se o art. 37 da Lei 6.538/78: “Suprimir, em selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua utilização: Pena – reclusão, até 4 (quatro) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa”.

34. Análise do núcleo do tipo: *usar* significa empregar com habitualidade ou servir-se de algo. A pessoa que fizer uso dos documentos ou papéis mencionados no § 2.º responde igualmente pelas mesmas penas de quem suprimiu o sinal identificador da inutilização.

35. Confronto com figura típica mais recente: quando se tratar de selo ou vale postal, aplica-se o art. 37, § 1.º, da Lei 6.538/78: “Incorre nas mesmas penas quem usa, vende, fornece ou guarda, depois de alterado, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal”.

36. Análise do núcleo do tipo: *usar* (empregar ou fazer uso de algo) ou *restituir* (fazer voltar ou devolver) os papéis falsificados ou alterados compõem as condutas típicas. Exige-se, no entanto, a boa-fé de quem recebeu os mencionados papéis.

37. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que tenha recebido o papel de boa-fé. O sujeito passivo é o Estado.

38. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se o dolo direto (“depois de conhecer a falsidade ou alteração”). Não se pune a forma culposa.

39. Figura privilegiada: trata-se de pena mais branda, nos patamares mínimo e máximo, porque o agente não falsificou, nem fez uso do que foi falsificado, mas apenas devolveu à circulação os papéis que recebeu sinceramente, sem má intenção.

40. Objetos material e jurídico: o objeto material é o papel falsificado ou alterado. O objeto jurídico é a fé pública.

41. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

42. Confronto com figura típica mais recente: quando se tratar de selo ou vale postal, aplica-se o art. 37, § 2.º, da Lei 6.538/78: “Quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa”.

42-A. Comércio irregular ou clandestino: a norma de equiparação, inserida no § 5.º, teve a nítida finalidade de alcançar os camelôs, que comercializam cigarros importados sem o pagamento de tributos e, logicamente, sem o selo destinado à comprovação do referido pagamento. Por isso, fala-se em atividades exercidas em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências. Entretanto, novamente lança-se mão do direito penal, sem o devido respeito ao princípio da intervenção mínima, para buscar a tipificação de condutas de menor importância para o contexto global da arrecadação tributária. Bastaria uma fiscalização rigorosa e todos esses “comerciantes de rua” poderiam ter a mercadoria confiscada, ser enquadrados nos delitos já existentes (ex.: contrabando), se fosse o caso, e retirados de circulação. Mas, diante da inoperância estatal generalizada, cria-se mais um tipo penal incriminador, lançando-se à polícia a tarefa de retirar das ruas os camelôs, simplesmente porque vendem maços de cigarro sem o selo ou com selo falsificado. Confira-se, para finalizar, a exposição de motivos do Ministro da Fazenda quanto ao projeto de lei que deu origem à Lei 11.035/2004: “Pela presente proposta, passa a constituir crime a falsificação de selo destinado a controle tributário, ou qualquer tipo de comercialização de produto ou mercadoria em que tenha sido aplicado o referido

selo falsificado, com o objetivo de desestimular práticas que conduzem à evasão fiscal, *especialmente no que diz respeito à comercialização de cigarros com selo de controle*, falsificado, ou sem a aplicação do selo oficial próprio e idôneo, exigível de conformidade com as normas tributárias pertinentes” (grifo nosso).

Petrechos de falsificação

Art. 294. Fabricar,⁴³⁻⁴⁵ adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto⁴⁶ especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior.⁴⁷⁻⁵⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

43. Análise do núcleo do tipo: *fabricar* (construir, criar); *adquirir* (obter, comprar); *fornecer* (abastecer ou garantir); *possuir* (ter a posse de algo ou reter em seu poder); *guardar* (vigiar ou tomar conta de algo). Voltam-se tais condutas a objeto destinado a falsificar papéis. É ato preparatório do crime de falsificação de papéis públicos, tipificado como crime autônomo.

44. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

45. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

46. Objeto especialmente destinado à falsificação: significa qualquer coisa perceptível e manipulável que tenha a finalidade *particular* – embora possa servir para outros fins – de servir de instrumento para a construção de imitações dos papéis referidos no artigo anterior (cautela de penhor, títulos da dívida pública, talão, bilhete etc.).

47. Objetos material e jurídico: o objeto material é o objeto destinado à falsificação. O objeto jurídico é a fé pública.

48. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva utilização do objeto para falsificar papéis); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo) nas formas “fabricar”, “adquirir” e “fornecer”, mas permanente (cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades “possuir” e “guardar”; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

49. Fato anterior não punível: caso o agente adquira objeto destinado à falsificação e, em seguida, contrafaça um papel legítimo qualquer, o delito do art. 294 é absorvido pelo previsto no art. 293, pois considerado fato anterior não punível. Constitui *crime-meio* para chegar ao *crime-fim*.

50. Confronto com lei especial: em se tratando de objeto destinado a falsificar selos ou vales postais, aplica-se o art. 38 da Lei 6.538/78: “Fabricar, adquirir, fornecer, ainda que gratuitamente, possuir, guardar, ou colocar em circulação objeto especialmente destinado à falsificação de selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal: Pena – reclusão, até 3 (três) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa”.

Art. 295. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.⁵¹

51. Causa de aumento da pena: caso o agente dos delitos previstos nos arts. 293 e 294 seja funcionário público (ver art. 327, CP), a pena deve ser aumentada em um sexto. Por outro lado, exige-se que o funcionário tenha utilizado, de algum modo, as facilidades proporcionadas pelo seu cargo.

Capítulo III

DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Falsificação de selo ou sinal público

Art. 296. Falsificar,¹⁻³ fabricando-os ou alterando-os:

I – selo público⁴ destinado a autenticar atos oficiais⁵ da União, de Estado ou de Município;

II – selo ou sinal⁶ atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião;⁷⁻⁹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Incorre nas mesmas penas:

I – quem faz uso¹⁰ do selo ou sinal falsificado;

II – quem utiliza¹¹ indevidamente¹² o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio;

III – quem altera,¹³ falsifica ou faz uso indevido¹⁴ de marcas,¹⁵ logotipos,¹⁶ siglas¹⁷ ou quaisquer outros símbolos¹⁸ utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.¹⁹⁻²¹

§ 2.º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.²²

1. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* quer dizer reproduzir, imitando, ou

contrafazer. Conjugam-se a conduta com as formas *fabricar* (manufaturar, construir, cunhar) e *alterar* (modificar, transformar). Os objetos estão descritos nos incisos.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

4. Selo público: *selo público* (ou *sinal público*) tem duplo significado. Pode ser a marca estampada sobre certos papéis, para conferir-lhes validade ou autenticidade, representando o Estado, bem como o instrumento com que se fixa no papel ou noutro local apropriado a marca supramencionada. É a peça que contém reproduzida em *negativo*, sobre superfície metálica ou de borracha, a figura que necessita ser impressa. É justamente esse instrumento que está protegido pelo tipo penal, na lição de Sylvio do Amaral (*Falsidade documental*, p. 183), e não a figura impressa. Assim se entende porque a lei pune, no § 1.º, I, quem faz uso do selo ou sinal falsificado, como crime autônomo, demonstrando referir-se ao instrumento que falsifica. Fosse *selo público* também a marca falsificada e a sua utilização não iriam encaixar-se no referido § 1.º, I, mas sim no art. 304 (uso de documento falso). É o ensinamento de Soler (*apud* Sylvio do Amaral, ob. cit., p. 184).

5. Autenticação de atos oficiais: *autenticar* significa reconhecer como verdadeiro. Os *atos oficiais*, na melhor definição de Noronha (*Direito penal*, v. 4, p. 138), são os *documentos oficiais* (bases de conhecimento, materialmente fixadas, destinadas a fazer prova de algo, bem como servindo de consulta), pois são estes que reproduzem aqueles.

6. Selo e sinal: são termos correlatos, significando a marca estampada sobre certos papéis, para conferir-lhes validade ou autenticidade, bem como o instrumento destinado a produzi-la. Devem estar, no caso deste inciso, devidamente previstos em lei para atribuição e uso de entidade de direito público (autarquia ou entidade paraestatal). Podem, ainda, ser atribuídos e de uso de autoridade (judiciária ou administrativa), como ocorre com as chancelas, bem como podem ser de atribuição e uso de tabelião. Para alguns, o sinal do tabelião é a “assinatura especial deste, enfeitada, que constitui a sua *marca* de tabelião e que não se confunde com a assinatura simples (esta chamada *sinal raso*)” (Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 524). Para outros, trata-se apenas do instrumento (sinete, timbre ou cunho), que tem por finalidade imprimir a rubrica ou desenho utilizado pelo tabelião para autenticar seus atos (Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 191). Parece-nos correto este último entendimento, até porque a lei não se preocupa em diferenciar a sua utilização em documento público ou particular, o que certamente faria se se tratasse do desenho ou da marca. E porque os tabeliães lançam assinatura de próprio punho nos documentos, sem usar qualquer instrumento, não tem aplicação, atualmente, esse dispositivo.

7. Base legal do sinal público do tabelião: aponta Carlos Rocha de Siqueira, mencionado por Sylvio do Amaral, que este sinal “provém de dispositivos das Ordenações até hoje não revogados explícita ou implicitamente. No Direito escrito, de promulgação mais recente, conforme as pesquisas feitas pelo aludido magistrado, só o art. 1.638, VIII [atual art. 1.869, parágrafo único], do Código Civil o contempla, expressamente, como um dos requisitos

formais do testamento cerrado” (*Falsidade documental*, p. 185).

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é o selo ou sinal. O objeto jurídico é a fé pública.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo emprego do selo ou sinal falso para prejudicar alguém); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

10. Análise do núcleo do tipo: *fazer uso* significa utilizar, empregar. O objeto é o selo ou sinal falsificado. É possível que o uso seja feito pela mesma pessoa que falsificou. Será, então, um fato posterior não punível, pois mera decorrência do primeiro.

11. Análise do núcleo do tipo: *utilizar* significa fazer uso ou empregar. No caso deste inciso, pune-se a conduta daquele que, valendo-se de selo ou sinal verdadeiro, serve-se dele para prejudicar terceiro ou em proveito próprio ou alheio.

12. Elemento normativo do tipo: *indevidamente* quer dizer ilicitamente, ou seja, contra o disposto em lei. Não é por qualquer pessoa, nem para qualquer fim que se pode utilizar um selo ou sinal. Por isso, quem contrariar dispositivo legal pode incidir nesta figura.

13. Análise do núcleo do tipo: *alterar* significa deturpar ou modificar; *falsificar* quer dizer reproduzir, através de imitação, ou contrafazer; *fazer uso* significa utilizar ou empregar. O tipo, acrescentado pela Lei 9.983/2000, tem redação defeituosa, não se encaixando com harmonia nas demais figuras previstas no *caput* e nos incisos anteriores. Note-se que, no *caput*, está prevista a conduta principal de *falsificar*, que é reproduzir alguma coisa, imitando o verdadeiro, conjugada com *fabricar* (manufaturar, construir algo novo) ou *alterar* (modificar o que já existe). Assim, o ideal deveria ter sido a inserção de uma figura no inciso III do *caput*, contendo apenas o objeto da conduta principal (falsificação): “marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública”. Assim, não ficariam misturadas e equiparadas as condutas “alterar” e “falsificar”, sendo que, em verdade, o objetivo é punir quem “falsifica, através da alteração”. Do modo como ficou constando no inciso III do § 1.º, a alteração parece ser autônoma em relação à falsificação, quando se sabe que esta envolve aquela. Além disso, deveria ter sido mantida a conduta de “fazer uso indevido...” sozinha no referido inciso III do § 1.º, para se harmonizar com as demais, previstas nos incisos I e II (“fazer uso” e “utilizar”).

14. Elemento normativo do tipo: a expressão “fazer uso *indevido*” constitui elemento da ilicitude trazido para dentro do tipo, de forma que o uso devido, legal e autorizado faz desaparecer a tipicidade.

15. Marca: é o sinal que serve de alerta, captado pelos sentidos, possibilitando reconhecer ou conhecer alguma coisa. Pode ser um desenho, um emblema ou uma letra especial.

16. Logotipo: é uma marca produzida por um grupo de letras ou siglas, especialmente desenhada para designar algum órgão ou empresa.

17. Sigla: é a reunião das letras iniciais de palavras essenciais, que designam algo ou alguém. São abreviaturas. Ex.: PM, designando a Polícia Militar.

18. Outros símbolos: vale-se o tipo da interpretação analógica, isto é, tendo fornecido os exemplos, dissemina o uso do dispositivo penal para todos os outros símbolos (aquilo que, pela sua natureza, representa algo ou alguém) que se assemelhem aos primeiros (marcas, logotipos e siglas).

19. Elemento normativo do tipo: exige-se que os símbolos adulterados ou de uso indevido sejam pertinentes à Administração Pública. Portanto, é crime usar, sem ser policial militar, por exemplo, os símbolos da corporação.

20. Objetos material e jurídico: o objeto material é a marca, o logotipo, a sigla ou outro símbolo da Administração Pública. O objeto jurídico é a fé pública.

21. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um

único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

22. Causa de aumento de pena: caso o agente seja funcionário público (ver art. 327, CP), a pena deve ser aumentada em um sexto. Por outro lado, exige-se que o funcionário tenha utilizado, de algum modo, as facilidades proporcionadas pelo seu cargo.

Falsificação de documento público²³

Art. 297. Falsificar,²⁴⁻²⁶ no todo ou em parte,²⁷ documento público,²⁸⁻³⁰ ou alterar documento público verdadeiro:³¹⁻³⁹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.⁴⁰

§ 2.º Para os efeitos penais, equiparam-se⁴¹ a documento público o emanado de entidade paraestatal,⁴² o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3.º Nas mesmas penas incorre quem insere⁴³ ou faz inserir:⁴⁴

I – na folha de pagamento⁴⁵ ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;⁴⁶

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração⁴⁷ falsa ou diversa^{48-48-A} da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil⁴⁹ ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previ-

dência social, declaração⁵⁰ falsa ou diversa⁵¹ da que deveria ter constado.

§ 4.º Nas mesmas penas⁵² incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3.º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

23. Maior proteção aos documentos públicos: a punição para o falsificador de documento público é superior à prevista para o agente que falsifica documento particular. O mínimo em abstrato fixado para a pena passa de um ano de reclusão para o dobro, embora o aumento, quanto ao máximo, seja de apenas um ano, passando de cinco para seis anos de reclusão. Nas palavras de Sylvio do Amaral, “tal ocorre porque a violação da verdade expressa nos documentos emitidos pelo Estado afeta diretamente o prestígio da organização política, além de atingir a fé pública inspirada pelo documento violado. Em torno do Estado existe a presunção da absoluta veracidade de todas as suas manifestações, documentais ou não, de modo tal que qualquer ato atentatório dessa presunção repercute desmesuradamente na confiança da coletividade, fazendo periclitar um dos fatores fundamentais da harmonia e da ordem nas relações do cidadão com o Estado. Assim, pois, o crédito incondicionado que os documentos expedidos pelo Estado merecem do povo a ele sujeito faz com que seja incomparavelmente maior a possibilidade de dano decorrente da falsificação desses documentos” (*Falsidade documental*, p. 7-8).

24. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* quer dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer; *alterar* significa modificar ou adulterar. A diferença fundamental entre *falsificar* e *alterar* é que no primeiro caso o documento inexistia, sendo criado pelo agente, enquanto na segunda hipótese há um documento verdadeiro, atuando o

agente para modificar-lhe o aspecto original. E salienta Sylvio do Amaral: “O que caracteriza a falsificação parcial e permite discerni-la da alteração é o fato de recair aquela, necessariamente, em documento composto de duas ou mais partes perfeitamente individualizáveis”. O delinquente fabrica parte do documento, que é autônoma em relação às demais frações. O exemplo que fornece: a falsificação parcial pode dar-se ao pé de um requerimento genuíno de certidão negativa de impostos, lançando o interessado certidão apócrifa do teor desejado (*Falsidade documental*, p. 50-51). O objeto é documento público. Este tipo penal preocupa-se com a *forma* do documento, por isso cuida da *falsidade material*.

24-A. Falsidade grosseira: exige-se a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim. Nessa linha: TRF-4.^a Região, Ap. 96.04.66034-PR, 2.^a T., rel. Tania Escobar, 11.12.1997, v. u. Eventualmente, pode se tratar de estelionato, quando, a despeito de grosseiramente falso, tiver trazido vantagem indevida, em prejuízo de outra pessoa, para o agente. Conferir: “A adulteração reconhecida como grosseira não configura, por si, o *falsum* (ou o crime de uso do *falsum*), podendo, isto sim, ser meio ou instrumento para a prática de outro crime” (STJ, HC 24.853-BA, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 16.12.2003, v. u., DJ 09.02.2004, p. 194).

25. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, em primeiro plano. Secundariamente, pode ser a pessoa prejudicada pela falsificação.

26. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

27. Total ou parcialmente: a falsificação pode produzir um documento inteiramente novo (construído pelo agente) ou apenas alterar um documento verdadeiro, introduzindo-lhe pedaços não autênticos.

28. Documento público: a doutrina o define como sendo o escrito, revestido de certa forma, destinado a comprovar um fato, desde que emanado de funcionário público, com competência para tanto. Pode provir de autoridade nacional ou estrangeira (neste caso, desde que respeitada a forma legal prevista no Brasil), abrangendo certidões, atestados, traslados, cópias autenticadas e telegramas emitidos por funcionários públicos, atendendo ao interesse público. Caso o agente construa um documento novo, pratica a primeira conduta. Caso modifique, de qualquer modo, um documento verdadeiro, comete a segunda conduta. Ressalte-se que somente pode ser objeto do crime o documento válido, pois o que for considerado nulo está fora da proteção do tipo penal.

29. Documento formal e substancialmente público e formalmente público e substancialmente privado: é inócua tal diferença, pois o tipo penal abrange, indistintamente, as duas modalidades. O documento formal e substancialmente público seria aquele proveniente de ato legislativo, administrativo ou judicial, no interesse da administração pública, com natureza e relevo públicos. Ex.: carteira de identidade. O documento formalmente público e substancialmente privado seria aquele concernente a interesse privado, embora tenha sido elaborado por funcionário público. Ex.: testamento público.

30. Relevância jurídica do documento: é necessariamente do documento público, podendo não estar presente no documento privado a sua *relevância jurídica*, isto é, sempre representa alguma relação de direito que se cria, extingue ou modifica, com significação jurídica para o Estado ou para o cidadão (Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 13).

31. Fotocópias sem autenticação: não podem ser consideradas documentos públicos para os efeitos deste artigo.

32. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento público, verdadeiro ou não. O objeto jurídico é a fé pública.

33. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação). Nesse sentido: STJ: AgRg no REsp 948.949-RS, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 29.04.2008, v. u.; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.^o, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

34. Crime de perigo abstrato: entendemos ser o delito de perigo abstrato, como os demais crimes de falsificação. Assim, para configurar risco de dano à fé pública, que é presumido, basta a contrafação ou modificação do documento público. Tal posição não afasta a possibilidade de haver

tentativa, desde que se verifique a forma plurissubsistente de realização do delito. Lembremos que o fato de alguém manter guardado um documento que falsificou pode configurar o tipo penal, uma vez que não é impossível que, algum dia, venha ele a circular e prejudicar interesses. Há, pois, o risco de dano.

35. Exame de corpo de delito: é necessário, pois é infração que deixa vestígios (art. 158, CPP).

36. Concurso de estelionato e falsidade: aplica-se a Súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”. Trata-se da aplicação da regra de que o crime-fim absorve o crime-meio.

37. Concurso de falsificação e uso de documento falso: a prática dos dois delitos pelo mesmo agente implica no reconhecimento de um autêntico *crime progressivo*, ou seja, falsifica-se algo para depois usar (crime-meio e crime-fim). Deve o sujeito responder somente pelo uso de documento falso. No mesmo prisma, Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 179. Em contrário: STF: “Entendeu-se, com base na jurisprudência do STF que o uso de documento falso, pelo próprio autor da falsificação, configura um só crime, qual seja, o de falsificação (CP, art. 297). Conclui-se que, embora o uso de documento falso estadual tenha se dado perante repartição pública federal, este consistiria em pós-fato impune” (HC 84.533-MG, 2.^a T., rel. Celso de Mello, 14.09.2004, *Informativo* 361).

38. Concurso da falsidade com apropriação indébita ou outro crime patrimonial: se a falsidade é realizada para encobrir delito patrimonial anterior deve haver concurso de crimes, pois o objeto jurídico protegido é diverso.

39. Falsificação de certidão ou atestado emitido por escola: cremos estar configurada a falsidade de documento público e não o delito do art. 301 (certidão ou atestado ideologicamente falso e falsidade material de atestado ou certidão – § 1.º). Este último tipo penal prevê que o atestado ou a certidão seja destinado à habilitação de alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou serviço público ou qualquer outra vantagem semelhante, o que não é necessariamente a finalidade do atestado ou da certidão escolar. Por isso, melhor é a aplicação da figura típica genérica do art. 297. Quanto à competência para apurar o delito, é da Justiça Estadual (Súmula 104 do STJ: “Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino”).

40. Causa de aumento de pena: sendo o agente funcionário público (art. 327, CP), é natural que sua conduta tenha mais desvalor, merecendo, pois, maior rigor punitivo. Aumenta-se de um sexto a pena. Deve ficar evidenciado que ele se valeu do cargo para chegar ao resultado típico.

41. Documento público por equiparação: todo documento emanado de entidade paraestatal (ver nota 42), bem como os títulos de crédito ao portador ou que possam circular mediante endosso, como os cheques, as notas promissórias, as duplicatas, entre outros (não mais havendo possibilidade de endosso, mas somente de transmissão por cessão civil, não se incluem neste artigo), as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (também chamado de hológrafo: manifestação de última vontade do testador, devidamente reduzida por escrito, respeitada a forma descrita em lei – art. 1.876, § 1.º, do Código Civil), são equiparados a

documento público para tipificar a conduta daquele que os falsifica. Note-se o caráter “em branco” da norma, que necessita buscar conceitos próprios do direito comercial para completar o seu sentido – títulos ao portador ou transmissíveis por endosso, ações de sociedade comercial e livros mercantis –, bem como do direito civil – testamento particular. Assim, o título falho, como a duplicata emitida sem a causa correspondente ou a nota promissória ao portador, não serve de objeto para a falsificação.

42. Entidade paraestatal: conforme expusemos nos comentários ao art. 327, § 1.º, aos quais remetemos o leitor, o conceito de entidade paraestatal deve ser extensivamente interpretado, envolvendo entidade tipicamente paraestatal, como a autarquia, mas também sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o sentido mais utilizado para *entidade paraestatal* é o apregoado por Hely Lopes Meirelles, “de modo a abranger as entidades de direito privado que integram a Administração Indireta (empresas estatais de todos os tipos e fundações de direito privado), bem como os serviços sociais autônomos; a tais entidades tem-se que acrescentar, agora, as entidades de apoio (fundações, associações e cooperativas), as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público. Em tal sentido deve ser interpretada a expressão entidade paraestatal no art. 327, parágrafo único, do Código Penal [atual art. 327, § 1.º, CP] e no art. 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo (Decreto-lei Complementar 3, de 27.08.1969), que confere juízo privativo às entidades paraestatais” (*Direito administrativo*, p. 399-400).

43. Análise do núcleo do tipo: *inserir* significa introduzir ou colocar, enquanto

fazer inserir é permitir que outrem introduza ou coloque. Os objetos das condutas vêm descritos nos incisos. Esta figura é fruto dos crimes previstos anteriormente na Lei 8.212/91, art. 95, g, h e i (primeira parte), hoje substituídos pela Lei 9.983/2000.

44. Falsidade ideológica no contexto da falsidade material: a colocação do § 3.º; que cuida da falsidade ideológica (sobre as diferenças entre esta falsidade e a material, ver nota 79 ao art. 299), no contexto da falsidade material foi equivocada, causando indevida confusão de conceitos. Merecia ter sido introduzido no art. 299, prevendo-se pena especial para o delito, se é que o objetivo do legislador foi aproveitar a pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, prevista para a falsidade material, portanto, superior à da falsidade ideológica.

45. Folha de pagamento: “é o montante total da remuneração que o empregador irá pagar aos trabalhadores colocados a seu serviço. (...) Incidirá assim, a contribuição, sobre todos os valores pagos pelas empresas aos que exercem atividade remunerada a qualquer título e com ela estão relacionados”, inclusive o *pro labore* dos sócios e dos diretores que não sejam empregados (Wagner Balera, ob. cit., p. 47).

46. Seguro obrigatório: são segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas: “I – como empregado: a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado; b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas; c) o brasilei-

ro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior; d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a ela subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular; e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio; f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional; g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais; h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social [a Resolução do Senado Federal 26/2005 (DOU 22.06.2005) suspendeu a execução desta alínea]; i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; II – como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos; [os incisos III e IV foram revogados pela Lei 9.876/99]; V – como

contribuinte individual: *a)* a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos; ou ainda nas hipóteses dos §§ 10 e 11 deste artigo; *b)* a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade de extração mineral-garimpo, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, com ou sem o auxílio de empregados, utilizados a qualquer título, ainda que de forma não contínua; *c)* o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa; [alínea *d* revogada pela Lei 9.876/99]; *e)* o brasileiro civil que trabalha no exterior para organismo oficial internacional do qual o Brasil é membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; *f)* o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, o sócio solidário, o sócio de indústria, o sócio gerente e o sócio cotista que recebam remuneração decorrente de seu trabalho em empresa urbana ou rural, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, bem como o síndico ou administrador eleito para exercer atividade de direção condominial, desde que recebam remuneração; *g)* quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego; *h)* a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; VI – como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas,

sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento; VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de: *a)* produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; ou 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do *caput* do art. 2.º da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; *b)* pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e *c)* cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas *a* e *b* deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo” (art. 12 da Lei 8.212/91).

47. Declaração: tem variado significado: *a)* *afirmação*; *b)* *relato*; *c)* *depoimento*; *d)* *manifestação*. Ressalte-se que, havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante – pela autoridade da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso ela seja falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade. Ex.: declaração falsa de antecedentes, feita pelo empregado, quando o empregador tiver acesso à certidão comprobatória da situação de condenado do interessado.

48. Elemento normativo do tipo: *falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita* são elementos de valoração jurídica, pois cada documento possui informes esperados.

A introdução de algo não correspondente à realidade compõe a falsidade (ex.: incluir na carteira de trabalho um vínculo empregatício inexistente) e a inserção de declaração não compatível com a que se esperava fosse colocada compõe a outra situação (ex.: inserir valor de salário diverso do real).

48-A. Confronto com o art. 49 do Decreto-lei 5.452/43 (CLT): se a falsidade gerada na Carteira de Trabalho e Previdência Social disser respeito ou produzir prejuízo no cenário dos direitos trabalhistas do empregado, aplica-se o mencionado art. 49 (ver a nota 81 ao art. 299). Porém, se a referida falsidade voltar-se ao contexto da Previdência Social, aplica-se o disposto no art. 297, § 3.º, II, do CP. Afinal, cada um dos tipos penais tutela objeto jurídico diverso (direito do trabalhador *versus* direito relativo à Previdência Social).

49. Documento contábil: é todo escrito, produzido por alguém determinado, revestido de certa forma, destinado a comprovar atividades negociais, transações e operações econômicas da empresa ou do empregador.

50. Declaração: ver nota 47 ao inciso anterior.

51. Elemento normativo do tipo: ver nota 48 ao inciso anterior.

52. Figura omissiva: quem deixa de inserir nos documentos mencionados no parágrafo anterior (folha de pagamento, carteira de trabalho e previdência social ou documento contábil), quando for pertinente, o nome do segurado, seus dados pessoais, a remuneração e a vigência do contrato responde também por falsificação ideológica na modalidade omissiva. É a reprodução da figura típica anteriormente prevista no art. 95, *i*, parte final, da Lei 8.212/91, atualmente substituído pela Lei 9.983/2000.

Falsificação de documento particular

Art. 298. Falsificar,⁵³⁻⁵⁵ no todo ou em parte,⁵⁶ documento particular⁵⁷⁻⁶⁰ ou alterar documento particular verdadeiro;⁶¹⁻⁶⁵

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

53. Análise do núcleo do tipo: *falsificar*, como já visto, quer dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer; *alterar* significa modificar ou adulterar. O objeto é documento particular. O tipo penal preocupa-se com a *forma* do documento, por isso cuida da *falsidade material*. Por outro lado, exige-se a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim. Eventualmente, pode se tratar de estelionato, quando, a despeito de grosseiramente falso, tiver trazido vantagem indevida, em prejuízo de outra pessoa, para o agente. Ver a nota 24-A do art. 297.

54. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, em primeiro plano. Secundariamente, pode ser a pessoa prejudicada pela falsificação.

55. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

56. Total ou parcialmente: a falsificação pode produzir um documento inteiramente novo (construído pelo agente) ou apenas alterar um documento verdadeiro, introduzindo-lhe pedaços não autênticos.

57. Documento particular: é todo escrito, produzido por alguém determinado, revestido de certa forma, destinado a comprovar um fato, ainda que seja a manifestação de uma vontade. O documento particular, por exclusão, é aquele que não

se enquadra na definição de público, isto é, não emanado de funcionário público ou, ainda que o seja, sem preencher as formalidades legais. Assim, o documento público, emitido por funcionário sem competência a tanto, por exemplo, pode equiparar-se ao particular.

57-A. Petição de advogado: consultar a nota 70 ao art. 299.

58. Cheque como documento particular: somente deve ser considerado como documento particular quando já tiver sido apresentado ao banco e recusado por falta de fundos, visto não ser mais transmissível por endosso.

59. Relevância jurídica: para preencher o tipo penal, como objeto material, é preciso que o documento tenha algum interesse jurídico. Se for totalmente irrelevante para o direito, é objeto absolutamente impróprio.

59-A. Potencialidade da falsidade para causar prejuízo: além de não se configurar o delito de falsificação, em qualquer de suas modalidades, quando se cuidar de falsidade grosseira (conferir a nota 24-A ao art. 297), bem como ser preciso que o documento falsificado tenha algum relevo jurídico (ver a nota 59 supra), torna-se indispensável que a falsidade, mesmo que não seja grosseira ou o documento possua relevo jurídico, tenha aptidão para gerar prejuízo, conforme o meio eleito pelo agente para a prática da infração penal. Note-se: não se trata de transformar o crime de falsidade em material, ou seja, aquele que exige resultado naturalístico, mas de evidenciar que não é toda falsificação um meio hábil a prejudicar a fé pública. Confira-se na jurisprudência: TJRS: “O Dr. L., ora paciente, compareceu ao Foro e dirigiu-se à sala dos meirinhos, a fim de receber citação inicial, em nome de

seu cliente J.P.S., exibindo instrumento procuratório sem o referido poder especial, no que foi alertado pelo Oficial de Justiça, que comunicou da impossibilidade de citá-lo, em nome de seu cliente. Diante disso, o paciente afastou-se, retornando pouco depois, com a mesma procuração, onde acrescera as seguintes palavras (fls. 27): ‘Fito: receber e assinar citação’. Ao regressar, novamente não atingiu o paciente seu desiderato porque o mesmo serventuário deixou de proceder à citação desejada, por perceber que era o mesmo documento, agora falsificado. Somente em oportunidade posterior é que logrou ser o advogado citado, porque exibiu, então, novo instrumento procuratório, no qual constava a outorga do referido poder especial. Diante desse rápido retrospecto, evidencia-se a atipicidade do fato” (HC 70010865152, Taquara, 8.^a C., rel. Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite, 26.10.2005, v. u., *Boletim AASP* 2.469, p. 3.883). Convém registrar que, no presente caso, ainda que se pudesse falar em *falsidade grosseira*, perceptível pelo oficial de justiça de pronto, há outro fator a considerar: o meio usado pelo agente e a citação validamente realizada em seguida. O serventuário somente notou a falsidade porque o advogado voltou à sua presença *minutos depois*, o que não configuraria período razoável para obter outra procuração do cliente. Por isso, constatou a falsidade. Esta, repita-se, pode até não ter sido *grosseira*, mas o método utilizado foi ineficaz. Além disso, na sequência, a citação realizou-se corretamente, com um instrumento autêntico, com poderes para recebê-la. O crime impossível configurou-se não pela falsificação em si, mas pelo método usado pelo agente. E mais: a fé pública nem chegou a ser abalada, pois o ato processual foi corretamente realizado.

60. Fotocópias sem autenticação, documentos impressos sem assinatura

ou documentos anônimos: não podem ser considerados documentos particulares para os efeitos deste artigo.

61. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento particular. O objeto jurídico é a fé pública.

62. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo causado a alguém pela falsificação); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

63. Crime de perigo abstrato: como já visto na nota 34 ao artigo anterior, entendemos ser o delito de perigo abstrato, como os demais crimes de falsificação. Assim, para configurar risco de dano à fé pública, que é presumido, basta a contrafação ou modificação do documento. Tal posição não afasta a possibilidade de haver tentativa, desde que se verifique a forma plurissubsistente de realização do delito. Lembremos que o fato de alguém manter guardado um documento que falsificou pode configurar o tipo penal, uma vez que não é impossível que, algum dia, venha ele a circular e prejudicar interesses. Há, pois, o risco de dano.

64. Diferença entre falsidade material e ideológica: ver nota 79 ao próximo artigo.

65. Concurso com outros delitos: ver notas 36, 37 e 38 ao artigo anterior.

Falsidade ideológica

Art. 299. Omitir,⁶⁶⁻⁶⁷ em documento público ou particular,⁶⁸ declaração⁶⁹⁻⁷³ que dele devia constar,⁷⁴ ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita,⁷⁵ com o fim⁷⁶ de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:⁷⁷⁻⁸⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.⁸¹⁻⁸³

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público,⁸⁴ e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração⁸⁵ é de assentamento de registro civil,⁸⁶ aumenta-se a pena de sexta parte.

66. Análise do núcleo do tipo: omitir (deixar de inserir ou não mencionar); inserir (colocar ou introduzir); fazer inserir (proporcionar que se introduza). Os objetos das condutas devem ser declarações relevantes a constar em documentos públicos e particulares. A diferença fundamental entre *inserir* e *fazer inserir* é o modo pelo qual o agente consegue a introdução de declaração indevida no documento: no primeiro caso, age diretamente; no segundo, proporciona meios para que terceiro o faça. Na falsidade ideológica, como ensina Sylvio do Amaral, “não há rasura, emenda, acréscimo ou subtração de letra ou algarismo. Há, apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica” (*Falsidade documental*, p. 53).

67. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, principalmente; em se-

gundo plano, a pessoa que for prejudicada pela falsificação.

68. Documento público e documento particular: ver notas aos artigos 297 e 298.

69. Declaração: tem variado significado: a) *afirmação*; b) *relato*; c) *depoimento*; d) *manifestação*. Ressalte-se que, havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante –, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso ela seja falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade. Ex.: declaração falsa de endereço, quando se exige o acompanhamento de documento comprobatório, como conta de luz ou água. Nessa hipótese, de maneira objetiva e imediata, pode o funcionário conferir o endereço antes de providenciar a expedição do documento que interessa ao agente. Nessa ótica: STJ: “O documento para fins de falsidade ideológica deve ser uma peça que tenha possibilidade de produzir prova de um determinado fato, sem necessidade de outras verificações, valendo como tal por si mesma. Simples correspondência enviada a um órgão, visando obtenção de endereço da parte adversária, ainda que sem autorização do juízo, mesmo de modo a parecer ter sido expedida judicialmente, não configura o delito de falsidade ideológica, se nenhum dos especiais fins de agir foi objetivado. Recurso provido para trancar a ação penal” (RHC 19.710-SP, 6.^a T., rel. Jane Silva, 28.08.2008, v. u.).

70. Petição de advogado: não é considerada documento, para fins penais. Na realidade, o documento é uma peça que tem possibilidade intrínseca (e extrínseca) de produzir prova, sem necessidade de outras verificações. Aliás, essa é a segurança da prova documental. Portanto, se alguém apresenta sua cédula de identidade, quem a

consulta tem a certeza de se tratar da pessoa ali retratada, com seus dados pessoais. Não se faz verificação do conteúdo desse documento. No entanto, a petição do advogado é constituída de alegações (do início ao fim), que merecem ser verificadas e comprovadas. Por tal motivo, não pode ser considerada documento. Em suma, ela não vale por si mesma. Conferir: TJSP: “Petição inicial não considerada documento penalmente relevante, nos moldes do art. 299 do Código Penal. (...) A simples indicação falsa de endereço em petição inicial de ação não configura o crime de falsidade ideológica, pela ausência de qualquer potencialidade lesiva, um de seus elementos subjetivos” (HC 416.172-3/3, Santa Fé do Sul, 3.^a C., rel. Walter de Almeida Guilherme, 08.04.2003, v. u., *JUBI* 83/03). Idem: TJSP: “Ora, a petição inicial de qualquer ação cível, antes de seu ingresso em juízo, é de cunho particular e pode ser alterada por seu autor de acordo com sua vontade. Outrossim, enquanto não ajuizada, tal petição não é documento, já que ainda não é capaz de produzir qualquer efeito jurídico” (HC 468.011-3/5, 5.^a C., rel. Gomes de Amorim, 13.01.2005, v. u., *Bol. AASP* 2.419). Em contrário: TRF-3.^a Região: “A ausência de potencialidade lesiva do objeto implica na sua total impropriedade, o que excluiria a tipicidade, nos termos do art. 17 do CP. Entretanto, não é o caso dos autos. O documento seria absolutamente impróprio caso fosse totalmente irrelevante para o direito, isto é, sem interesse jurídico algum, o que não é o caso da petição inicial. A introdução de algo que não corresponde à realidade compõe a falsidade. E a mera possibilidade de se causar prejuízo a alguém já é suficiente para que se caracterize, em tese, o delito, tendo em vista que se trata de crime formal, que dispensa a produção do resultado naturalístico para sua consumação” (HC 2004.03.00.031484-8 17324-SP, 1.^a T., rel. Vesna Kolmar, 14.12.2004, v. u.).

70-A. Declaração de pobreza para obter os benefícios da justiça gratuita: não pode ser considerada documento para os fins deste artigo, pois é possível produzir prova a respeito do estado de miserabilidade de quem pleiteia o benefício da assistência judiciária. O juiz pode, à vista das provas colhidas, indeferir o pedido, sendo, pois, irrelevante a declaração apresentada.

71. Declaração cadastral para qualquer fim: não é considerada documento, para fins penais. Ex.: preenchimento de ficha para hospedagem em hotel ou estabelecimento similar.

72. Laudo médico: pode configurar a falsidade ideológica se o médico afirmar, em laudo, que o paciente tem uma doença inexistente, mas não se pode considerar como tal a sua conclusão – meramente opinativa – acerca do período necessário para repouso ou afastamento do trabalho. Quando se tratar de atestado, ver o art. 302.

73. Declaração particular prestada em cartório de notas: se a finalidade do declarante era produzir prova, não há cabimento em se considerar concretizada a falsidade ideológica, porque se trata de meio ilegítimo de produção de provas. Logo, não há qualquer relevância jurídica nessa declaração por não ter o potencial de “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”. Nesse sentido: STF: “A Turma concluiu julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de advogado acusado da suposta prática do crime de falsidade ideológica (CP, art. 299), consistente no fato de ter redigido e juntado, em autos de processo penal, declaração de conteúdo falso, assinada, a seu pedido, por testemunha de acusação, que presenciara delito de homicídio imputado a cliente do causídico. No caso concreto, a referida declaração, em que lançava dúvidas sobre a

autoria do homicídio, fora anexada quando a testemunha já havia feito o reconhecimento visual do acusado de homicídio e prestado depoimento em juízo, sendo que, reinquirida posteriormente no Tribunal do Júri, afirmara que teria assinado a declaração porque o paciente lhe assegurara que o conteúdo do documento não modificaria o depoimento já prestado – v. *Informativo* 412. Por maioria, deferiu-se o *writ* ao fundamento de inexistência de dano relevante, entendendo que a declaração ofertada não pode ser considerada documento para os fins de reconhecimento do tipo penal previsto no art. 299 do CP. Asseverou-se que, neste processo, a situação não haveria de ser tida como absolutamente distinta da do precedente suscitado pelo simples fato de que o documento fora registrado em cartório. No ponto, considerou-se que a declaração seria inócua para o convencimento do magistrado acerca da autoria ou da materialidade delitiva, haja vista que a testemunha confirmara em juízo a versão inicial de seu depoimento, contrária ao que contido no documento” (HC 85064-SP, 2.^a T., rel. orig. Joaquim Barbosa, rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, 13.12.2005, m. v., *Informativo* 413). Idem: STJ: HC 62.513-PR, 5.^a T., rel. Assis Toledo, 14.05.1996, v. u., DO 17.06.1996, p. 21.501.

74. Elemento normativo do tipo: *dele devia constar* é expressão indicativa de um juízo valorativo jurídico, pertinente ao conteúdo esperado do documento. Ex.: em uma carteira de habilitação, espera-se que conste, quando for o caso, que o motorista precisa usar óculos para dirigir. Se houver omissão desse dado relevante, trata-se de *declaração que dele devia constar*.

75. Elementos normativos do tipo: *falsa ou diversa da que devia ser escrita* são elementos de valoração jurídica, pois cada documento possui informes esperados. A

introdução de algo não correspondente à realidade compõe a falsidade (ex.: incluir na carteira de habilitação que o motorista pode dirigir qualquer tipo de veículo, quando sua permissão limita-se aos automóveis de passeio) e a inserção de declaração não compatível com a que se esperava fosse colocada compõem a outra situação (ex.: se a idade do portador da carteira de identidade é alterada).

76. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, mas se exige o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”. Dessa forma, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados deve ser considerada penalmente indiferente. Não se pune a forma culposa.

77. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento público ou particular. O objeto jurídico é a fé pública.

78. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva ocorrência de um dano para alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação), na forma “inserir” ou “fazer inserir”, e omissivo (o verbo indica abstenção), na modalidade “omitir”. Excepcionalmente, pode ser cometido na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente

(delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente, que não é o caso da conduta “omitir”.

79. Diferenças entre falsidade material e ideológica: são, basicamente, as seguintes: a) a *falsidade material* altera a forma do documento, construindo um novo ou alterando o que era verdadeiro. A *falsidade ideológica*, por sua vez, provoca uma alteração de conteúdo, que pode ser total ou parcial. O documento, na falsidade material, é perceptivelmente falso, isto é, nota-se que não foi emitido pela autoridade competente ou pelo verdadeiro subscritor. Ex.: o falsificador obtém, numa gráfica, impressos semelhantes aos das carteiras de habilitação, preenchendo-os com os dados do interessado e fazendo nascer uma carteira não emitida pelo órgão competente. Na falsidade ideológica, o documento não possui uma falsidade sensivelmente perceptível, pois é, na forma, autêntico. Assim, o sujeito, fornecendo dados falsos, consegue fazer com que o órgão de trânsito emita uma carteira de habilitação cujo conteúdo não corresponde à realidade. Imagine-se a pessoa que só tem permissão para dirigir determinado tipo de veículo e consegue, através de algum tipo de fraude, que tal categoria seja alterada na sua carteira, ampliando-a para outros veículos, o que a torna ideologicamente falsa; b) quando a *falsidade for material*, há dois tipos diferentes: um para os documentos públicos; outro para os documentos particulares; quando a *falsidade for ideológica*, tanto os públicos, quanto os particulares, ingressam no mesmo tipo.

80. Exame pericial: diversamente da falsidade material, na ideológica não é cabível.

81. Falsificação de Carteira de Trabalho e Previdência Social: aplicação de legislação específica, com as penas previstas no art. 299. Ver art. 49 do Decreto-lei 5.452/43 (CLT): “Para os efeitos da emissão, substituição ou anotação de Carteiras de Trabalho e Previdência Social, considerar-se-á crime de falsidade, com as penalidades previstas no art. 299 do Código Penal: I – fazer, no todo ou em parte, qualquer documento falso ou alterar o verdadeiro; II – afirmar falsamente a sua própria identidade, filiação, lugar de nascimento, residência, profissão ou estado civil e beneficiários, ou atestar os de outra pessoa; III – servir-se de documentos, por qualquer forma falsificados; IV – falsificar, fabricando ou alterando, ou vender, usar ou possuir Carteira de Trabalho e Previdência Social assim alterada; V – anotar dolosamente em Carteira de Trabalho e Previdência Social ou registro de empregado, ou confessar ou declarar em juízo, ou fora dele, data de admissão em emprego diversa da verdadeira”.

82. Concurso com outros delitos: ver notas 36, 37 e 38 ao art. 297.

83. Falsificação em folha de papel em branco: há três posições possíveis a adotar: “a) *é crime de falsidade ideológica*: se a folha foi abusivamente preenchida pelo agente, que tinha sua posse legítima; b) *se o papel estava sob a guarda do agente, ou foi obtido por meio criminoso*: sendo preenchida de forma abusiva, há crime de falsidade material (arts. 297 ou 298); c) *quando, na hipótese anterior, houver revogação do mandato ou tiver cessado a obrigação ou faculdade de preencher o papel*: o agente também responde por falsidade material” (Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt, *Código Penal anotado e legislação complementar*, p. 900). Parece-nos que, havendo a entrega de folha de papel em branco, assinada por

alguém, para o fim de preenchimento em outra oportunidade com termos específicos, ocorrendo a deturpação do conteúdo, é a concretização de falsidade ideológica. Logo, não se trata de falsidade material, que pressupõe a desfiguração do documento, transformando-o em algo diverso. A folha em branco é construída pelo agente do crime e quem a forneceu já sabia que o conteúdo seria formado posteriormente.

84. Causa de aumento de pena: sendo o agente funcionário público (art. 327, CP), prevê-se maior rigor na valoração da sua conduta, aumentando em um sexto a sua pena. Deve ficar evidenciado que ele se valeu do cargo para chegar ao resultado típico. Por vezes, pode-se pensar que, se o documento é público, significa ter sido elaborado por funcionário público, razão pela qual seria indevido este aumento, porque cuida de autor funcionário público, prevalecendo-se do seu cargo. É apenas aparente a hipótese de *bis in idem*. O delito do art. 299 é comum, qualquer pessoa pode cometê-lo, funcionário ou não. Assim, caso um funcionário proporcione a inserção de dados falsos em documento particular, sua pena é de 1 a 3 anos, e multa, com o aumento de um sexto. Mas o funcionário pode fazer o mesmo em relação à elaboração de um documento por outro funcionário público, motivo pelo qual sua pena igualmente eleva-se de 1 a 5 anos, e multa, para um patamar acrescido de um sexto. Ainda que o próprio funcionário, elaborando o documento público, insira dados incorretos, a pena é aumentada, uma vez que o que se protege, com pena mais grave (1 a 5 anos, e multa), é o objeto, isto é, ser público o documento; a causa de aumento gira em torno da qualidade do autor do delito, que é funcionário público. Outra vez, não há *bis in idem*.

85. Segunda causa de aumento de pena: se a falsificação se voltar a documento público, consistente em assentamento de registro civil, diante da segurança que tal tipo de escrito precisa proporcionar, a pena também deve ser aumentada em um sexto.

86. Assentamento de registro civil: é a escrituração correspondente ao registro civil das pessoas naturais e ao registro civil das pessoas jurídicas (art. 1.º, § 1.º, I e II, da Lei 6.015/73).

Falso reconhecimento de firma ou letra

Art. 300. Reconhecer,⁸⁷⁻⁸⁹ como verdadeira, no exercício de função pública,⁹⁰ firma ou letra⁹¹ que o não seja.⁹²⁻⁹³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

87. Análise do núcleo do tipo: *reconhecer* significa admitir como certo ou constatar. Tem por objeto firma ou letra de alguém. Exige-se a conjugação com o elemento normativo *como verdadeira* (real, autêntica), isto é, indica a conduta de quem admite que determinada firma foi produzida por certa pessoa, quando, na realidade, não o foi.

88. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o funcionário que possui fé pública para reconhecer a firma ou a letra. O sujeito passivo é o Estado, em primeiro plano; secundariamente, inclui-se a pessoa prejudicada.

89. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

90. Exercício da função pública: exige-se que o reconhecimento ocorra *no*

exercício da função, não sendo admitida a autenticação feita por funcionário público sem atribuição para tanto ou afastado das suas atividades funcionais.

91. Firma ou letra: *firma* é a assinatura manuscrita de alguém; *letra* é o sinal gráfico, representativo de vocábulos da linguagem escrita.

92. Objetos material e jurídico: o objeto material é a firma ou letra. O objeto jurídico é a fé pública.

93. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo especial ou qualificado); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública com a utilização de documento contendo firma ou letra irregularmente reconhecida); de forma vinculada (pode ser cometido apenas pelo meio previsto no tipo, que é procedimento específico). Contra, prevendo qualquer meio eleito pelo agente: Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt (*Código Penal anotado*, p. 903). É comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omisso-impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato). Em nosso entendimento, o agente reconhece a assinatura em ato único, não sendo cabível fracioná-lo para representar o *iter criminis*; não admite tentativa. Em sentido contrário, admitindo tentativa: Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bittencourt (*Código Penal anotado*, p. 903).

Certidão ou atestado ideologicamente falso

Art. 301. Atestar⁹⁴⁻⁹⁶ ou certificar falsamente,⁹⁷ em razão de função pública,⁹⁸ fato ou circunstância⁹⁹ que habilite alguém a obter cargo público,¹⁰⁰ isenção de ônus¹⁰¹ ou de serviço de caráter público,¹⁰² ou qualquer outra vantagem.¹⁰³⁻¹⁰⁵

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Falsidade material de atestado ou certidão

§ 1.º Falsificar,¹⁰⁶⁻¹⁰⁸ no todo ou em parte,¹⁰⁹ atestado ou certidão,¹¹⁰ ou alterar o teor de certidão ou atestado¹¹¹ verdadeiro, para prova de fato ou circunstância¹¹² que habilite alguém¹¹³ a obter cargo público,¹¹⁴ isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.¹¹⁵⁻¹¹⁶

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.¹¹⁷

§ 2.º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.¹¹⁸

94. Análise do núcleo do tipo: atestar (afirmar ou demonstrar algo por escrito); **certificar** (afirmar a certeza de algo). Certificar é mais forte que atestar, pois representa a afirmação de algo que encontra respaldo em documento arquivado em alguma repartição do Estado e é, efetivamente, verdadeiro, estando na esfera de atribuição do funcionário público, enquanto o atestar representa uma afirmação passível de questionamento. Assim, atesta-se a idoneidade de alguém e certifica-se que a pessoa foi demitida do serviço público. *Atestar* provém do latim *testis*, ou seja, testemunhar, por isso é documento que contém o testemunho do signatário a respeito de um fato (Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 126-127). Sustentando a mesma diferença: Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 292-

293. O objeto das condutas é o fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo, isenção, serviço ou outra vantagem. Trata-se da falsidade ideológica de atestado ou certidão.

95. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o funcionário público, com atribuição para expedir o atestado ou a certidão. O sujeito passivo é o Estado.

96. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na finalidade de proporcionar a alguém a obtenção de “cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem”. Não se pune a forma culposa.

97. Elemento normativo do tipo: *falsamente* é elemento de valoração jurídica, pois corresponde ao que não é real, segundo as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

98. Em razão de função pública: não se exige, como no tipo anterior, que o funcionário esteja *exercendo* a sua função, mas apenas que execute as condutas típicas *em razão* dela, isto é, valendo-se das facilidades proporcionadas pela atividade funcional.

99. Fato ou circunstância: *fato* é um acontecimento ou uma ocorrência; *circunstância* é a situação, condição ou estado que envolve alguém ou algo. Conforme demonstra o tipo penal, torna-se indispensável que o fato ou a circunstância seja apto para levar alguém a obter cargo público, isenção de ônus, serviço de caráter público ou outra vantagem.

100. Cargo público: é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 420).

101. Isenção de ônus público: dispensa do cumprimento de alguma obrigação de interesse público.

102. Serviço de caráter público: é o exercício de uma função obrigatória que tenha interesse público.

103. Qualquer outra vantagem: por interpretação analógica, o tipo penal fornece exemplos – cargo público, isenção de ônus, isenção de serviço de caráter público – para depois generalizar, através do processo de semelhança. Portanto, quando, em virtude do atestado ou da certidão falsa, a pessoa obtiver qualquer vantagem relativa ao setor público, configura-se o crime.

104. Objetos material e jurídico: o objeto material é o atestado ou a certidão. O objeto jurídico é a fé pública.

105. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo especial ou qualificado); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva obtenção, pelo beneficiário do atestado ou da certidão, da vantagem indevida); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

106. Análise do núcleo do tipo: *falsificar*, como já visto, quer dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer; *alterar* significa modificar ou adulterar. O objeto, nesse caso, é atestado ou certidão. O tipo penal preocupa-se com a *forma* do documento, por isso cuida da *falsidade material*. Por outro lado, exige-se a potencialidade lesiva do documento falsificado ou alterado, pois a contrafação ou modificação grosseira, não apta a ludibriar a atenção de terceiros, é inócua para esse fim. Eventualmente, pode-se tratar de estelionato, quando, a despeito de grosseiramente falso, tiver trazido vantagem indevida ao agente, em prejuízo de outra pessoa.

107. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

108. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico consistente na finalidade de habilitar alguém à obtenção de cargo público, isenção de ônus ou de serviço público ou outra vantagem. Não há a forma culposa.

109. Total ou parcialmente: a falsificação pode produzir um atestado ou certidão inteiramente novo (construído pelo agente) ou apenas alterar um verdadeiro, introduzindo-lhe pedaços não autênticos.

110. Falsificação de certidão ou atestado escolar: ver nota 39 ao art. 297.

111. Certidão e atestado: são resultados das condutas de *certificar* e *atestar*. Ver nota 93 ao *caput*.

112. Fato ou circunstância: ver nota 99 ao *caput*.

113. Habilitação de terceira pessoa e não do próprio agente: houve falha legislativa nesta hipótese, pois o tipo penal

não contempla a possibilidade de o agente falsificar o atestado ou certidão – ou alterar o seu teor – para prova de fato ou circunstância que o habilite a obter cargo público. A jurisprudência, no entanto, vem corrigindo essa falha, interpretando o termo “alguém” como abrangente do próprio autor da falsificação ou da alteração. É a utilização da interpretação extensiva.

114. Cargo, isenção, serviço e outra vantagem: ver notas 100 a 103 ao *caput*.

115. Objetos material e jurídico: o objeto material é o atestado ou certidão. O objeto jurídico é a fé pública.

116. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em causar efetivo ganho para o beneficiário do atestado ou certidão falso); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa.

117. Crítica à brandura da pena: a pena fixada para o delito de falsificação de atestado ou certidão é muito menor do que a estabelecida para os outros tipos de falsificação (ver arts. 297 e 298), o que não se justifica. Note-se a ponderação de Sylvio do Amaral: “Andou mal o legislador, por

certo, quando assim, *a priori*, seguindo as trilhas da lei italiana, estabeleceu diferença tão substancial entre umas e outras hipóteses de falsidade, tão-só porque versam sobre documentos formalmente diferentes. Não se vê por que deva ser considerada menos perigosa, *em tese*, a falsificação de uma certidão que a falsificação do documento original, do qual foi extraída. O argumento da maior dificuldade de restauração da verdade, na falsificação do documento original, ou da *maggior facilita di scoprire il falso*, na violação do documento derivado, sobre apreciar a nocividade da ação delituosa sob ângulo demais restrito, não teria aplicação aos atestados em geral e às certidões expedidas pelos funcionários que têm fé pública, documentos que são, também, originais, e não se reportam a outros, necessariamente” (*Falsidade documental*, p. 129).

118. Figura qualificada: a intenção de obter lucro (qualquer vantagem econômica) do agente que falsifica ou altera atestado ou certidão faz aumentar, abstratamente, a pena prevista, acrescendo a multa. Trata-se, pois, de autêntica qualificadora.

Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar¹¹⁹⁻¹²¹ o médico, no exercício da sua profissão,¹²² atestado¹²³ falso;¹²⁴⁻¹²⁵

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.¹²⁶

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.¹²⁷

119. Análise do núcleo do tipo: *dar* é ceder ou produzir. O objeto é o atestado falso, que deve versar, segundo doutrina majoritária, sobre *fato* relevante (constatação de enfermidade, por exemplo), e não sobre opinião ou prognóstico do profissional.

120. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o médico. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, o terceiro prejudicado.

121. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

122. No exercício da profissão: não basta que o médico forneça o atestado falso, sendo indispensável fazê-lo no exercício da sua profissão. Exemplificando: se o médico der um atestado de idoneidade a alguém, ainda que falso, não se configura o delito.

123. Atestado: é o documento que contém a afirmação ou a declaração acerca de algo.

124. Objetos material e jurídico: o objeto material é o atestado falso. O objeto jurídico é a fé pública.

125. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo à fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“dar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

126. Crítica à brandura da pena: aponta a doutrina, com razão, ter sido indevida a previsão de pena mais branda ao médico, profissional que deveria sempre respeitar os deveres inerentes ao seu grau, que dá atestado falso do que a prevista para

o cidadão comum que mente para a composição de um documento (art. 299 – falsidade ideológica).

127. Figura qualificada: havendo intuito de obter qualquer vantagem ou ganho de natureza econômica, a pena abstrata recebe o acréscimo da multa, qualificando o crime.

Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica¹²⁸

Art. 303. Reproduzir¹²⁹⁻¹³¹ ou alterar selo ou peça filatélica¹³² que tenha valor para coleção, salvo¹³³ quando a reprodução ou a alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:¹³⁴⁻¹³⁵

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.¹³⁶

128. Substituição: o tipo penal foi substituído pelo art. 39 da Lei 6.538/78: “Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica de valor para coleção, salvo quando a reprodução ou alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça: Pena – detenção, até 2 (dois) anos, e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem, para fins de comércio, faz uso de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados”. Os comentários são aplicáveis ao tipo substitutivo.

129. Análise do núcleo do tipo: *reproduzir* (tornar a produzir ou repetir); *alterar* (modificar ou transformar). O objeto é selo ou peça filatélica. Nesse caso, porque o reconhecimento de um selo ou peça filatélica, quanto à autenticidade, é mais complexo, necessitando de expertos

ou colecionadores, é maior a dificuldade da adulteração desse tipo de objeto. E são maiores as exigências no tocante à perfeição da imitação. Pequenos erros ou defeitos na reprodução podem levar ao crime impossível, por serem detectáveis com facilidade pelos especialistas, algo que, ao homem comum, pode passar despercebido (Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 74).

130. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

131. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

132. Selo ou peça filatélica: *selo* é a estampilha adesiva, fixa ou estampada, destinada a comprovar o pagamento de quantia referente ao transporte de correspondências e objetos enviados pelo correio. *Peça* é o pedaço de um todo ou a parte de uma coleção. Ao mencionar a *filatelia*, está o tipo penal fazendo referência ao hábito de colecionar e estudar selos. Portanto, nesse caso, o objeto do delito é o selo ou qualquer peça (como um cartão ou um bloco comemorativo) destinada a colecionadores. A importância da proteção penal é o crescente aumento do valor do selo ou da peça com o passar do tempo, tornando-se autêntica preciosidade. Aliás, a figura típica contém o adendo indispensável a esse entendimento: “que tenha valor para coleção”.

133. Elemento normativo do tipo: a exceção inserida no tipo diz respeito à licitude da conduta, no caso da reprodução ou alteração ser feita abertamente, estampando-se o alerta na face ou no verso do selo ou da peça, de modo a não induzir em erro o colecionador. Desse modo, havendo a anotação, torna-se atípico o fato.

134. Objetos material e jurídico: o objeto material é o selo ou a peça filatélica. O objeto jurídico é a fé pública.

135. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo à fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissão impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

136. Análise do núcleo do tipo: o sujeito que, objetivando o comércio, utiliza o selo ou a peça filatélica de valor para coleção, reproduzidos ou alterados sem a ressalva do *caput*, incide nas mesmas penas.

Uso de documento falso

Art. 304. Fazer uso¹³⁷⁻¹³⁹ de qualquer dos papéis falsificados ou alterados,¹⁴⁰⁻¹⁴¹ a que se referem os arts. 297 a 302;¹⁴²⁻¹⁴⁷

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

137. Análise do núcleo do tipo: *fazer uso* significa empregar, utilizar ou aplicar. Os objetos são os papéis falsificados ou alterados constantes nos arts. 297 a 302. Exige-se que a utilização seja feita como se o documento fosse autêntico, além do que a situação envolvida há de ser juridicamente relevante. Trata-se de *tipo remetido*, aquele que indica outros tipos para ser integralmente compreendido. Neste caso,

a amplitude do conceito de “papel falsificado ou alterado” depende da verificação do conteúdo dos arts. 297 a 302.

138. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada.

139. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

140. Papéis constantes nos arts. 297 a 302: são os seguintes: documento público, documento particular, papel onde constar firma ou letra falsamente reconhecida, atestado ou certidão pública ou, ainda, o atestado médico.

141. Dúvida quanto à falsidade: pode elidir o crime, pois, em tese, afasta o dolo, que deve ser abrangente, isto é, envolver todos os elementos objetivos do tipo. Entretanto, sendo o delito passível de punição por dolo direto ou eventual, caso o agente faça uso de documento por mera imprudência, a conduta é atípica. Mas se o agente assume o risco de estar se valendo de documento falso, o crime está configurado.

142. Objetos material e jurídico: o objeto material é o papel falsificado ou alterado. O objeto jurídico é a fé pública.

143. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“fazer uso” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira

instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma plurissubsistente, embora seja rara a sua ocorrência. Aliás, sobre a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, ver o item “desistência voluntária” abaixo, nota 146. Contra, não admitindo a tentativa: Sylvio do Amaral, *Falsidade documental*, p. 173. E também: TRF-4.ª Região: Ap. 96.04.66034-PR, 2.ª T., rel. Tania Escobar, 11.12.1997, v. u.

144. Apresentação espontânea ou exigência da autoridade: cremos ser totalmente irrelevante se o agente utiliza o documento falso em ato unilateral ou se o faz porque qualquer autoridade assim exige. Há perfeita possibilidade de configuração do tipo penal quando a exibição de uma carteira de habilitação falsa, por exemplo, é feita a um policial rodoviário que exige a sua apresentação, por estar no exercício da sua função fiscalizadora. Assim é a posição majoritária: STJ: “Reiterada é a jurisprudência desta Corte e do STF no sentido de que há crime de uso de documento falso ainda quando o agente o exhibe para a sua identificação em virtude de exigência por parte de autoridade policial” (REsp 193.210-DF, rel. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª T., 20.04.1999, v. u., DJ 24.05.1999, Seção 1, p. 190). E também: TJSP: “Pratica o crime de uso de documento falso, previsto no art. 304 do CP, o agente que, ao ser abordado por policiais rodoviários, é surpreendido na posse de Carteira Nacional de Habilitação falsa, circunstância essa de conhecimento do acusado, em razão de suas próprias declarações, ao afirmar que obteve o documento mediante pagamento e sem se submeter a qualquer tipo de exame de direção” (Ap. 917.783.3/4, 11.ª C., rel. Antonio Manssur,

07.06.2006, v. u.); “Pouco importa que a exibição do documento tenha sido oriunda de solicitação de policial. Tal não descaracteriza o delito do art. 304 do Código Penal, já que o apelante poderia ter dito não o possuir ou mesmo exibir documento autêntico; nesse sentido copiosa jurisprudência” (Ap. 246.212-3/3-SP, 2.^a C., rel. Geraldo Xavier, 10.03.1999, v. u.). Ainda: TRF-3.^a Região: Proc. 1999.03.99.000063-6, 5.^a T., rel. Ramza Tartuce, 26.03.2002, v. u. Em sentido contrário, sustentando que o documento deve sair da esfera do agente por iniciativa dele mesmo: Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 541. Ressalte-se, no entanto, que o encontro casual do documento falso em poder de alguém (como ocorre por ocasião de uma revista policial) não é suficiente para configurar o tipo penal, pois o núcleo é claro: “fazer uso”.

145. Exigência de apresentação por autoridade incompetente: não configura o delito de uso de documento falso. Assim: “Uso de documento falso – Apreensão do documento feita por guardas municipais em operação bloqueio – Não é atribuição desses agentes – Arts. 144, § 8.º, da Constituição Federal, e 147 da Constituição Estadual. Não há crime de uso de documento falso” (TJSP, Ap. 230.377-3, Indaiatuba, 1.^a C. Extraordinária, rel. Ferraz Felisardo, 10.03.1999, v. u.).

146. Desistência voluntária: possibilidade, embora de difícil configuração. Se é admissível, ainda que raro, o fracionamento do *iter criminis*, para efeito de desistência voluntária, é natural que possa haver, também, para a tentativa. Nesse sentido: TJSP: “Conquanto instantâneo o crime de uso de documento falso, possível suceder lapso de tempo entre a entrega ou exibição do documento e o início da relação jurídica desse emprego, no curso do qual possa o usuário desistir da conduta tipificadora,

obstando assim seja lesada a fé pública” (Ap. 274.166-3-SP, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 03.12.1999, v. u.).

147. Concurso com o crime de falsidade: como já expusemos na nota 37 ao art. 297, se o agente falsificador usa o documento, o delito do art. 304 deve absorver o falso, por ser considerado o crime-fim. Entretanto, há posição contrária, afirmando a possibilidade do concurso de crimes, embora minoritária. Existem, ainda, aqueles que sustentam dever o falso absorver o uso de documento falso.

Supressão de documento

Art. 305. Destruir,¹⁴⁸⁻¹⁵⁰ suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular¹⁵¹ verdadeiro,¹⁵² de que não podia¹⁵³ dispor.¹⁵⁴⁻¹⁵⁷

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

148. Análise do núcleo do tipo: *destruir* (fazer desaparecer ou extinguir o documento por completo); *suprimir* (eliminar o documento como tal, ou seja, permanece o papel, mas desaparece o documento, como ocorre se for coberto de tinta); *ocultar* (esconder ou camuflar). O objeto das condutas é o documento público ou particular, do qual não tinha a disposição. O delito está indevidamente inserido no Capítulo III, referente à falsidade documental, pois não cuida disso. Suprimir um documento não significa fabricá-lo ou alterá-lo de qualquer modo.

149. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Eventualmente, pode haver um segundo sujeito passivo, que é a pessoa prejudicada pela conduta típica.

150. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na vontade do agente de beneficiar a si mesmo ou a outrem, bem como poder agir em prejuízo alheio. Não se pune a forma culposa.

151. Documento público ou particular: sobre o conceito, ver notas aos arts. 297 e 298.

152. Autenticidade do documento: é exigida pelo tipo penal. Protege-se a fé pública e, conseqüentemente, o documento público ou particular *verdadeiro*. Caso o agente destrua, suprima ou oculte documento *falso*, estará consumindo prova de um crime, podendo, em tese, haver a configuração de outro tipo penal, como, por exemplo, os arts. 337 (subtração ou inutilização de livro ou documento) e 356 (sonegação de papel ou objeto de valor probatório). Não se incluem nesse âmbito as cópias não autenticadas extraídas de documentos, nem os traslados e certidões de assentamentos. Há entendimento particular exigindo que o documento seja insubstituível em seu valor probatório, isto é, se for cópia autenticada, ainda que seja considerado documento (art. 232, parágrafo único, CPP), não o é para servir de objeto material deste delito, pois o original pode ocupar-lhe o lugar. Esta posição, segundo nos parece, é correta, desde que o original realmente exista e esteja disponível, pois, do contrário, a cópia autenticada pode ser o único meio de servir de prova de algo.

153. Elemento normativo do tipo: incluiu-se no tipo penal elemento pertinente à ilicitude da conduta, que é “não poder dispor” do objeto material. Assim, havendo autorização legal para que o possuidor do documento dele disponha – ou não havendo proibição para que não o faça –, é natural

que a conduta de quem destruir, suprimir ou ocultar referido documento é atípica.

154. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento público ou particular. O objeto jurídico é a fé pública.

155. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em haver efetivo prejuízo para a fé pública); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “destruir” e “suprimir”, mas permanente (delito cuja consumação se arrasta no tempo) na forma “ocultar” (STJ, HC 28.837-PB, 5.ª T., rel. Felix Fischer, 16.03.2004, v. u., *DJ* 10.05.2004, p. 312); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

156. Diferença entre supressão do documento, dano e furto: tudo está a depender do intuito do agente. Se for para fazer o documento desaparecer para não servir da prova de algum fato relevante juridicamente, trata-se de delito contra a fé pública (art. 305); caso seja somente para causar um prejuízo para a vítima, é delito contra o patrimônio na forma de “dano” (art. 163); se for subtraído para ocultação, por ser valioso em si mesmo (como um documento histórico), trata-se de delito contra o patrimônio na modalidade “furto” (art. 155).

157. Diferença entre os crimes de supressão de documento e sonegação de papel ou objeto de valor probatório: o primeiro é praticado com a finalidade de evitar que o documento sirva de prova de algum fato, por isso é crime contra a fé pública; o segundo é cometido por advogado, ou procurador judicial, que elimina documento, com valor probatório, embora não seja intuito do agente eliminá-lo como prova. Este último é um dano contra o patrimônio do Estado.

Capítulo IV DE OUTRAS FALSIDADES

Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins

Art. 306. Falsificar,¹⁻³ fabricando-o ou alterando-o, marca ou sinal⁴ empregado pelo poder público no contraste de metal precioso⁵ ou na fiscalização alfandegária,⁶ ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem;⁷⁻⁹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a marca ou sinal falsificado¹⁰ é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária,¹¹ ou para autenticar ou encerrar determinados objetos,¹² ou comprovar o cumprimento de formalidade legal:¹³

Pena – reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. Análise do núcleo do tipo: *falsificar* quer dizer reproduzir, imitando, ou contrafazer. Conjugam-se a conduta com as formas *fabricar* (manufaturar, construir ou cunhar) e *alterar* (modificar ou transformar). Outra das condutas típicas é *usar* (empregar ou utilizar). O objeto é marca

ou sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária. O tipo é misto alternativo, de modo que o agente pode falsificar e usar ou somente falsificar ou, ainda, somente usar, para incorrer na prática de um só delito.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

4. Marca ou sinal: *marca* ou *sinal* – termos correlatos – é aquilo que serve de alerta, captado pelos sentidos, possibilitando reconhecer ou conhecer alguma coisa.

5. Contraste de metal precioso: é a marca feita no metal, consistindo o seu título (relação entre o metal fino introduzido e o total da liga) em indicador de peso e quilate.

6. Marca de fiscalização alfandegária: é a representação gráfica utilizada pela fiscalização realizada na alfândega, a fim de demonstrar que uma mercadoria foi liberada ou para outra finalidade relativa ao controle de entrada e saída de mercadorias no País.

7. Marca ou sinal falsificado por outra pessoa: equipara o tipo penal, para fins de punição, a conduta de quem falsifica a marca ou sinal à conduta de usar o material falsificado por outra pessoa, pois o prejuízo à fé pública é o mesmo.

8. Objetos material e jurídico: o objeto material é a marca ou sinal utilizado para contraste de metal precioso ou para fiscalização alfandegária. O objeto jurídico é a fé pública.

9. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente em haver efetivo prejuízo para alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

10. Figura privilegiada: trata-se de um privilégio, pois há possibilidade de modificação da qualidade da pena (de reclusão para detenção), bem como de redução da metade dos prazos mínimo e máximo previstos pelo *caput*. Assim, caso o agente falsifique ou use marca ou sinal referente à fiscalização sanitária ou para autenticação ou encerramento de determinados objetos, responde pelo tipo privilegiado.

11. Fiscalização sanitária: é a vigilância exercida pelo Estado para assegurar a saúde e a higiene públicas.

12. Autenticação e encerramento de objetos: *autenticar* significa reconhecer como verdadeiro; *encerrar*, nesse contexto, quer dizer guardar em lugar que se fecha. Pode o Poder Público valer-se de algum tipo de sinal ou lacre para cerrar um objeto dentro de um local qualquer, a fim de ter certeza de que não será modificado ou

subtraído. A pessoa que falsificar esse sinal ou utilizá-lo indevidamente responde pelo tipo privilegiado.

13. Comprovação do cumprimento de formalidade legal: *comprovar* significa auxiliar a provar ou confirmar. Portanto, quando a autoridade pública (federal, estadual ou municipal) tem um determinado sinal para confirmar que determinada formalidade legal (rotina ou praxe prevista em lei para validar algo) foi executada, havendo a falsificação da referida marca ou o uso indevido do sinal alterado, responde pelo tipo privilegiado.

Falsa identidade

Art. 307. Atribuir-se¹⁴⁻¹⁶ ou atribuir a terceiro falsa identidade¹⁷⁻¹⁸ para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.¹⁹⁻²⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.²¹⁻²²

14. Análise do núcleo do tipo: *atribuir* significa considerar como autor ou imputar. As condutas são: a) imputar a si mesmo identidade falsa; b) imputar a outrem identidade falsa. Não se inclui na figura típica o ato da pessoa que se omite diante da falsa identidade que outrem lhe atribui.

15. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Pode haver um segundo sujeito passivo, que é a pessoa prejudicada pela atribuição indevida.

16. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se, ainda, elemento subjetivo específico, consistente em “obter vantagem para si ou para outrem” ou “provocar dano a terceiro”. Não se pune a forma culposa.

17. **Falsa identidade:** *identidade* é o conjunto de características peculiares de uma pessoa determinada, que permite reconhecê-la e individualizá-la, envolvendo o nome, a idade, o estado civil, a filiação, o sexo, entre outros dados. Não se inclui no conceito de identidade o endereço ou telefone de alguém. Considerá-la *falsa* significa que não corresponde à realidade, isto é, não permite identificar ou reconhecer determinada pessoa tal como ela é. Há polêmica no sentido de se estreitar ou alargar o conceito de *identidade*, inserindo-se ou não dados que vão além do nome, como idade, profissão, naturalidade etc. Cremos que a solução deve impor-se de acordo com a necessidade do dado identificador. Se a pessoa já está *identificada*, reconhecida individualmente, pelo nome e filiação, por exemplo, a menção falsa a outro dado, nesse caso secundário, como a profissão, não serve para configurar o delito. Entretanto, caso seja essencial obter determinado informe para individualizar a pessoa, como acontece com a idade ou a filiação, em casos de homonímia, é certo que a apresentação de dado falso constitui o crime do art. 307. Não nos parece socorrer o entendimento adotado por alguns de que os arts. 309 e 310 estariam evidenciando existir diferença entre *nome* e *qualidade*, razão pela qual a *qualidade* da pessoa não poderia ser confundida com seu nome. Ocorre que o termo *identidade* é mais abrangente que esses dois, envolvendo todos os caracteres da pessoa, que servem para individualizá-la. Ademais, nos tipos que vêm a seguir (arts. 309 e 310), os termos têm significação própria, pois não foi interessante ao legislador ampliá-los. Assim, quando o estrangeiro pretende ingressar no País, colhe-se apenas seu nome, para saber se está ou não impedido, enquanto, ao mencionar “qualidade”, envolve-se o direito a visto (para trabalhar ou simplesmente para turismo), de modo que, mesmo individualizado como pessoa,

a profissão passa a ter grande interesse para as autoridades que controlam a imigração. Isso não quer dizer que a profissão não auxilie, quando for o caso, à individualização de alguém.

18. **Autodefesa:** não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando sua prisão. Está, em verdade, buscando fugir ao cerceamento da sua liberdade. Ora, se a lei permite que a pessoa já presa possa fugir, sem emprego de violência, considerando isso fato atípico, é natural que a atribuição de falsa identidade para atingir o mesmo fim também não possa ser assim considerada. Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois o direito de silenciar ou mentir que possui o acusado não envolve essa fase do interrogatório. Não há, como já visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato. Daí por que, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307. Conferir: TJDF: “1. O agente que, preso em flagrante delito, apresenta falsa identidade para esconder o seu passado, pratica o delito previsto no art. 307 do Código Penal. 2. Não lhe socorre a alegação de autodefesa, uma vez que o documento fora apresentado por ocasião da sua qualificação na Delegacia de Polícia. 3. O crime de falsa identidade é crime formal, ou seja, não exige, para a sua consumação, resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo para outrem. 4. O direito ao silêncio, previsto na Constituição Federal, não legitima o agente à prática de crime de falsa identidade” (Ap. 2006.01.1.107316-0, 2.^a Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, rel. Alfeu Machado, 26.06.2007, m. v.). TJSP: “Réu que, ao qua-

lificar-se na polícia, fez-se passar por pessoa realmente existente. Propósito de ocultar o passado. Embuste que deu mostra de idoneidade, sobretudo ante a exibição da certidão de nascimento de quem fora desse modo usurpado na identificação pessoal. Inocorrência de mero expediente de defesa. (...) Ainda que se admita, sob os auspícios da ampla defesa, a utilização pelo acusado do direito de calar-se ou até de alterar a verdade dos fatos puníveis que lhe são atribuídos, a tanto inaceitável de se chegar ao extremo de falsear a própria identidade, visto ter lugar então ofensa à fé pública e aos interesses de disciplina social” (Ap. 314.877-3-SP, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 19.12.2000, v. u., *JUBI* 57/01). Quando a atribuição de falsa identidade não produz nenhum efeito, pois logo é descoberta a verdadeira, o crime não chega a se configurar: TJSP: “Declaração inverídica durante a lavratura do auto de prisão em flagrante por porte ilegal de arma, com o fim de ocultar ser fugitivo da Justiça. Descoberta da falsidade e correta identificação do réu pela autoridade policial imediatamente depois. Fato que não causou qualquer repercussão em favor do acusado. Vantagem pessoal não obtida por falta de idoneidade. Tipo penal do art. 307 do Código Penal não configurado” (Ap. 455.911-3/2, 1.^a C. de Férias, jul. 2004, rel. Márcio Bártoli, 28.07.2004, v. u., *JUBI* 103/05).

19. Objetos material e jurídico: o objeto material é a identidade. O objeto jurídico é a fé pública.

20. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na obtenção efetiva de vantagem ou na causação de prejuízo para outrem); de forma livre (pode

ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, embora de difícil configuração.

21. Delito subsidiário: somente se pune o agente pela concretização do tipo penal da falsa identidade se outro crime mais grave, que o contenha, não seja praticado. Pode o sujeito atribuir-se falsa identidade para praticar um estelionato, fazendo com que responda somente por este último crime, que é o principal.

22. Confronto com a contravenção penal do art. 68 do Decreto-lei 3.688/41: quando houver a recusa ao fornecimento de dados identificadores ou o fornecimento de dados inverídicos, sem a finalidade de obter vantagem ou prejudicar alguém, trata-se de contravenção penal. Entretanto, havendo tal intuito e sendo conduta comissiva (“atribuir-se”), passa a ser o crime do art. 307, até mesmo porque o art. 68, parágrafo único, da Lei das Contravenções Penais menciona, expressamente, ser tipo subsidiário (“se o fato não constitui infração penal mais grave”).

Art. 308. Usar,²³⁻²⁵ como próprio,²⁶ passaporte,²⁷ título de eleitor,²⁸ caderneta de reservista²⁹ ou qualquer documento de identidade³⁰ alheia ou ceder à outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro:³¹⁻³³

Pena – detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.³⁴

23. Análise do núcleo do tipo: *usar* quer dizer empregar ou utilizar; *ceder* significa pôr à disposição ou emprestar. O objeto é passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou outro documento de identidade alheia.

24. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Eventualmente, pode ser a pessoa prejudicada pelo mau uso do documento identificador alheio.

25. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico no tocante ao uso. Entretanto, quanto à cessão do documento, cremos estar presente a finalidade de que seja o objeto “utilizado por outrem”. Não se pune a forma culposa.

26. “Como próprio”: indica estar o agente passando-se por outra pessoa, embora sem atribuir-se a falsa identidade, mas única e tão-somente valendo-se de documento alheio. Não deixa de ser uma modalidade específica do crime de falsa identidade.

27. Passaporte: é o documento oficial que autoriza a pessoa a sair do País, bem como a ingressar e identificar-se em países estrangeiros.

28. Título de eleitor: é o documento que comprova a situação de eleitor do indivíduo, ou seja, a pessoa que está apta a votar, participando, democraticamente, da escolha do governo e do legislador.

29. Caderneta de reservista: é o documento que comprova a regularidade da situação de alguém diante do serviço militar

obrigatório. Reservista é o indivíduo que serviu ou foi dispensado das fileiras das Forças Armadas, podendo ser convocado a qualquer momento.

30. Qualquer documento de identidade: após terem sido mencionados os exemplos – passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista –, ingressa a interpretação analógica: “ou qualquer documento de identidade”, que serve, naturalmente, para identificar uma pessoa. É o que se pode considerar a carteira funcional. A utilização de carteira de identidade de terceiro pode ingressar no contexto deste artigo ou do art. 307. Se o agente se vale do documento alheio para ingressar em algum lugar, por exemplo, sem necessidade de “atribuir-se” a identidade constante no documento, é a conduta do art. 308. Entretanto, se usa o documento para identificar-se, imputando-se caracteres alheios, está configurado o crime do art. 307.

31. Objetos material e jurídico: o objeto material é o documento de identificação alheio. O objeto jurídico é a fé pública.

32. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para alguém); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito

cujas ações são compostas por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

33. Alteração de fotografia do documento: pode constituir o crime do art. 297 – caso o intuito seja diverso da atribuição de falsa identidade – ou o delito do art. 307 – se a intenção for imputar-se falsa identidade. Nota-se, pois, que o uso de identidade alheia há de ser feito com a singela apresentação do documento, sem que contenha alteração e sem que o agente se atribua a identidade que não lhe pertence.

34. Delito subsidiário: somente se pune o agente pela concretização do tipo penal do uso de identidade alheia se outro crime mais grave, que o contenha, não seja praticado.

Fraude de lei sobre estrangeiros

Art. 309. Usar³⁵⁻³⁷ o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome³⁸ que não é o seu;³⁹⁻⁴¹

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Atribuir⁴²⁻⁴⁴ a estrangeiro falsa⁴⁵ qualidade⁴⁶ para promover-lhe a entrada em território nacional.⁴⁷⁻⁴⁸

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

35. Análise do núcleo do tipo: *usar* significa empregar ou fazer uso de algo. Compõe-se com as condutas *entrar*, que quer dizer passar de fora para dentro ou penetrar, e *permanecer*, que significa conservar-se ou demorar-se. O objeto é nome que não lhe pertence.

36. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o estrangeiro. O sujeito passivo é o Estado.

37. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico consistente na vontade de ingressar ou permanecer no território brasileiro.

38. Nome: é a designação patronímica de uma pessoa.

39. Objetos material e jurídico: o objeto material é o nome que não pertence ao agente. O objeto jurídico é a fé pública, envolvendo o interesse do Estado no controle da imigração.

40. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“usar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (delito cometido num único ato) ou plurissubsistente (via de regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

41. Competência: Justiça Federal.

42. Análise do núcleo do tipo: *atribuir* significa imputar ou fazer recair algo em alguém, sendo o objeto a falsa qualidade. Compõe-se com a conduta de *promover a entrada* (favorecer o ingresso ou a admissão). Neste caso, não se inclui a *permanência* no território nacional.

43. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

44. **Elemento subjetivo do tipo:** é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na vontade de promover a entrada do estrangeiro no território nacional. Não se pune a forma culposa.

45. **Falsa:** não autêntica, não correspondente à realidade.

46. **Qualidade:** é a propriedade ou condição ostentada por alguém ou por alguma coisa, que serve para individualizá-la.

47. **Objetos material e jurídico:** o objeto material é a falsa qualidade. O objeto jurídico é a fé pública, especialmente voltada ao interesse do Estado no controle da imigração.

48. **Classificação:** trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva entrada do estrangeiro no País); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“atribuir” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

Art. 310. Prestar-se a figurar⁴⁹⁻⁵¹ como proprietário ou possuidor⁵² de ação, título ou valor⁵³ pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei⁵⁴ a propriedade ou a posse de tais bens:⁵⁵⁻⁵⁶

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

49. **Análise do núcleo do tipo:** *prestar-se a figurar* significa ser útil ou estar disposto a representar algo. O objeto é ser proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro. Esclarece Hungria que este dispositivo penal atende ao “interesse de evitar burla ao objetivo constitucional de nacionalização de certas companhias ou empresas ou de certos bens (ou valores). (...) O que procura conjurar, na espécie, é o ‘homem de palha’, o ‘testa de ferro’ que se presta a dissimular a interferência capitalística de estrangeiro na vida das sociedades ou empresas em questão ou a vedada propriedade ou posse de determinados bens ou valores por parte de estrangeiro” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 310-311).

50. **Sujeitos ativo e passivo:** o sujeito ativo poder ser qualquer pessoa, desde que brasileiro. O sujeito passivo é o Estado.

51. **Elemento subjetivo do tipo:** é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

52. **Proprietário ou possuidor:** *proprietário* é a pessoa que tem a propriedade de alguma coisa; *possuidor* é aquele que tem o gozo ou o desfrute de algo.

53. **Ação, título ou valor:** *ação* é o título representativo do capital das sociedades; *título* é qualquer papel negociável; *valor* é um papel representativo de dinheiro ou um título negociável em bolsa.

54. **Norma penal em branco:** torna-se indispensável conhecer a legislação específica que autoriza ou veda a propriedade ou a posse de tais bens por estrangeiros a fim de poder complementar o dispositivo penal.

55. **Objetos material e jurídico:** o objeto material é a ação, título ou valor. O

objeto jurídico é a fé pública, voltando-se para a ordem econômica.

56. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a fé pública ou a ordem econômica); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“prestar-se a figurar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), podendo tornar-se permanente (delito cuja consumação se arrasta no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Art. 311. Adulterar ou remarcar⁵⁷⁻⁵⁹ número de chassi⁶⁰ ou qualquer sinal identificador^{61-61-B} de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:⁶²⁻⁶⁴

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1.º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de 1/3 (um terço).⁶⁵

§ 2.º Incorre nas mesmas penas⁶⁶ o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

57. Análise do núcleo do tipo: *adulterar* quer dizer falsificar ou mudar; *remarcar* significa tornar a marcar. O objeto é o número de chassi ou outro sinal identifi-

cador de veículo, de seu componente ou equipamento.

58. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, é a pessoa prejudicada pela adulteração ou remarcação.

59. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

60. Número de chassi: é o sinal identificador da estrutura sobre a qual se monta a carroceria de veículo motorizado.

61. Sinal identificador: é qualquer marca colocada no veículo para individualizá-lo, como a numeração correspondente àquela que consta no chassi estampada nos vidros do automóvel. Pode ser, inclusive, a placa do veículo. Conferir: STJ: “O agente que substitui as placas originais de veículo automotor por placas de outro veículo enquadra-se na conduta prevista no art. 311 do Código Penal, tendo em vista a adulteração dos sinais identificadores” (REsp 799.565-SP, 5.ª T., rel. Laurita Vaz, 28.02.2008, v. u.). Aliás, sobre o tema, comentando o disposto no art. 298 do Código de Trânsito Brasileiro (“São circunstâncias que sempre agravam as penalidades dos crimes de trânsito ter o condutor do veículo cometido a infração: (...) II – utilizando o veículo sem placas, com placas falsas ou adulteradas”), tivemos oportunidade de expressar o seguinte: “Nesse caso, pode ser a falsificação de ordem material (a placa é fabricada falsamente por alguém) ou ideológica (a placa é emitida pelo órgão de trânsito competente, mas baseada a emissão em documentos falsos). É preciso lembrar que, quando a adulteração for realizada pelo próprio condutor, deve ele responder, em concurso material, pelo art. 311 do Código Penal e não por esta agravante” (*Crimes de trânsito*, p. 22).

61-A. Placa fornecida pelo órgão de trânsito: ainda que a placa seja desvirtuada de sua função, desde que não seja falsa, não se configura o crime. É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, cuidando de caso da denominada “placa fria”, fornecida a autoridades para uso em serviço público, porém utilizada em atividade particular. “No caso, o acusado recebera do Detran um par de placas reservadas à Polícia Federal, em razão de requisição feita por outro magistrado, também denunciado, cuja finalidade consistiria em viabilizar investigações de caráter sigiloso. Posteriormente, apurara-se que referidas placas teriam sido utilizadas para outro fim, tendo substituído placas originais de veículos particulares – v. *Informativo* 400. Entendeu-se que a substituição de placas particulares por outras fornecidas pelo Detran não pode configurar qualquer adulteração ou falsificação, já que esse órgão sempre tem a possibilidade de verificar a existência de placa reservada, a sua origem e a razão de ser da sua utilização, perante as autoridades públicas ou quem mais tivesse interesse no assunto. Considerou-se que, para a configuração do crime, é imprescindível que a substituição da placa se faça por outra placa, falsa. Ressaltou-se, por fim, que a prática dos citados atos pode consistir em irregularidade administrativa, passível de responsabilização nessa esfera” (HC 86.424-SP, 2.ª T., rel. p/ acórdão Gilmar Mendes, 11.10.2005, m. v., *Informativo* 405).

61-B. Falsidade grosseira: não serve para tipificar a infração penal, constituindo mera infração administrativa. Nessa esteira: TJSP: “Tipifica a conduta prevista no art. 311 do Código Penal a adulteração ou remarcação das placas dianteira e traseira do veículo, pelas quais ele é identificado externamente. Contudo, o uso de fita adesiva removível sobre uma letra, configurando uma mudança temporária ou esporádica,

não definitiva, e perpetrada apenas para livrar o dono do veículo das multas, vem a caracterizar, na verdade, uma singela infração administrativa. O legislador tinha em mente reprimir os roubos de carros, muitas vezes praticados sob o uso de violência e acompanhados por corrupção, criminalidade organizada, receptação de peças em desmanches clandestinos ou comércio exterior de veículos subtraídos. Deve-se ter em conta, também, que o crime de falso só existe quando levado a efeito com eficiência e com aptidão para causar prejuízo de outrem ou levar ao erro pessoa de mediana perspicácia” (Ap. 295.579-3/0, 2.ª C., rel. Canguçu de Almeida, 26.05.2003, v. u., *JUBI* 97/04); “A alteração de algarismo das placas de veículo automotor, mediante a colocação de fita adesiva, com o intuito de não ser alvo de multas de trânsito, configura mera infração administrativa e não o crime previsto no art. 311 do CP, pois tal ação não ocasionou prejuízo ao direito de propriedade ou licenciamento do automotor” (Ap. 496.730.3/6, 13.ª C., rel. Renê Ricúpero, 11.05.2006, v. u.).

62. Componente ou equipamento: *componente* é a parte que entra na composição de alguma coisa; *equipamento* é qualquer apetrecho que abastece algo. No caso do dispositivo penal, ambos se referem ao veículo automotor.

63. Objetos material e jurídico: o objeto material é o número do chassi ou outro sinal identificador, componente ou equipamento de veículo. O objeto jurídico é a fé pública, voltando-se o interesse do Estado à proteção da propriedade e da segurança no registro de automóveis.

64. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, con-

sistente em efetivo prejuízo para alguém); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), porém de efeitos permanentes (o delito deixa, após consumado, rastros visíveis); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

65. Causa de aumento: sendo o agente funcionário público (ver art. 327, CP),

exercendo sua função ou prevalecendo-se dela, há um aumento de um terço na pena. Nessa hipótese, o crime é próprio.

66. Hipótese de participação material: na figura prevista no § 2.º, previu-se a participação (auxílio material, pois o tipo menciona “fornecendo indevidamente material ou informação oficial”) do funcionário público na adulteração ou remarcação praticada por outra pessoa. A pena deve ser a do *caput*, devidamente acrescida de um terço. Entretanto, apesar de ter agido o funcionário como autêntico partícipe do crime de adulteração cometido por outrem, responde como incurso neste § 2.º, por força legal, como autor.

Dos crimes contra a Administração Pública¹

1. Conceito de Administração Pública: apesar de bastante amplo, o conceito de Administração Pública abrange, atualmente, toda a “atividade funcional do Estado e dos demais entes públicos”, trazendo este Título do Código Penal uma gama de delitos voltados à proteção da atividade funcional do Estado e seus entes, variando única e tão-somente o objeto específico da tutela penal (Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 16-18).

Capítulo I DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Peculato

Art. 312. Apropriar-se²⁻³ o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel,⁴ público ou particular,⁵ de que tem a posse⁶ em razão do cargo,⁷ ou desviá-lo, em proveito⁸⁻¹⁰ próprio ou alheio:¹¹⁻¹⁴

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1.º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público,¹⁵⁻¹⁶ embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai,¹⁷ ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.¹⁸

Peculato culposo

§ 2.º Se o funcionário concorre culposamente¹⁹ para o crime de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 3.º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.²⁰

2. Análise do núcleo do tipo: são duas as condutas típicas previstas no *caput* do artigo: a) *apropriar-se*, que significa tomar como propriedade sua ou apossar-se. É o que se chama de *peculato-apropriação*; b) *desviar*, que significa alterar o destino ou desencaminhar. É o que se classifica como *peculato-desvio*. Conferir: STF: “O Tribunal, por maioria, recebeu denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra Deputado Federal, em que se lhe imputa a prática do crime previsto no art. 312 do CP, na modalidade de peculato-desvio, em razão de ter supostamente desviado valores do erário, ao indicar e admitir determinada pessoa como secretária parlamentar, quando de fato essa pessoa continuava a trabalhar para a sociedade empresária de titularidade do denunciado. Inicialmente, rejeitou-se a arguição de atipicidade da conduta, por se entender equivocado o raciocínio segundo o qual seria a prestação de serviço o objeto material da conduta do denunciado. Asseverou-se que o objeto material da conduta narrada foram os valores pecuniários (dinheiro referente à remuneração de pessoa como assessora parlamentar). (...) Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que rejeitavam a denúncia por reputar atípica a conduta imputada ao denunciado.” (STF, Inq. 1926-DE, Pleno, rel. Ellen Gracie, 09.10.2008, m. v., Informativo 523). O termo *peculato*, desde o início, teve o significado de furto de coisa do Estado. Conforme esclarece Fernando Henrique

Mendes de Almeida, “o étimo da palavra está em *pecus*, tal como em suas convizinhas pela raiz (*pecus* = gado) pecúnia, pecúlio, especular, e se reporta à época em que o gado foi havido como moeda. A palavra, como se sabe, designou, em sua evolução, a subtração da moeda, ou metal do Fisco, até que, finalmente, passou a significar furtos e apropriações indevidas, realizadas por prestadores de contas, bem como quaisquer fraudes em prejuízo da coisa pública” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 11-12). Pode-se acrescentar, ainda, a menção de Basileu Garcia de que “o peculato foi outrora considerado gravíssimo delito, sujeito à pena capital, como quase todos os fatos delituosos que ofendiam diretamente o Estado e as prerrogativas do soberano” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 222).

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou o particular prejudicado.

4. Dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel: *dinheiro* é a moeda em vigor, destinada a proporcionar a aquisição de bens e serviços; *valor* é tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro, possuindo poder de compra e trazendo para alguém, mesmo que indiretamente, benefícios materiais; *outro bem móvel* é fruto da interpretação analógica, isto é, dados os exemplos – dinheiro e valor –, o tipo penal amplia a possibilidade de qualquer outro bem, semelhante aos primeiros, poder constituir a figura do peculato. Assim, se o funcionário receber uma jóia, configura-se a hipótese de “outro bem móvel”. Nas palavras de Fernando Henrique Mendes de Almeida, “quanto ao valor econômico do bem, cumpre observar um pouco. Não se deve levar em

conta unicamente o que possa ser estimado pecuniariamente. Antes, cumpre ter em atenção, também, o interesse moral. Se, por exemplo, um empregado de uma ferrovia estatizada vende a um passageiro um bilhete de viagem já utilizado, está claro que o bilhete já não tem valor. No entanto, houve peculato precisamente porque, não tendo valor o bilhete, o funcionário, ciente disto, ousou vendê-lo ao particular, considerando que tal passagem tem o mecanismo do título ao portador. Pouco importa que a ferrovia, provado o delito, não reembolse o passageiro, no exemplo aqui dado. Há o crime, apesar de o objeto não ter valor e a Administração Pública não reparar o dano econômico. Há o crime porque foi violada a confiança da Administração Pública” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 14).

5. Origem do bem recebido: pode ser de natureza pública – pertencente à Administração Pública – ou particular – pertencente a pessoa não integrante da Administração –, embora em ambas as hipóteses necessite estar em poder do funcionário público em razão de seu cargo. Exemplo de apropriação de bem particular é o do carcereiro que, em razão do cargo, fica com bens ou valores pertencentes ao preso. Porém, se o carcereiro toma dinheiro dos detentos, para lhes fazer um favor pessoal (comprar alguma coisa, por exemplo), cuida-se de mera apropriação indébita, se não devolver a quantia. Nesse sentido: TJSP: “Conforme inteligência dos arts. 168 e 312 do CP, não pratica o crime de peculato, mas sim o de apropriação indébita, o funcionário público que, na função de carcereiro, ao atender pedido de detentos para comprar mantimentos e trocar cédula de dinheiro de valor alto por notas miúdas, se apropria do numerário pertencente aos encarcerados, pois tal encargo não está compreendido

entre as atividades funcionais exercidas pelo servidor” (Ap 343.833.3/4, 5.^a C., rel. Sérgio Rui, 23.03.2006, v. u.).

6. Conceito de posse: deve ser entendida em sentido lato, ou seja, abrange a mera detenção.

7. Em razão do cargo: o funcionário necessita fazer uso de seu cargo para obter a posse de dinheiro, valor ou outro bem móvel. Se não estiver na esfera de suas atribuições o recebimento de determinado bem, impossível se falar em peculato, configurando-se outro crime. O policial, por exemplo, não tem atribuição para receber valor correspondente a fiança. Se o fizer, pode se configurar corrupção passiva ou apropriação indébita, conforme o caso.

8. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de se apossar, definitivamente, do bem, em benefício próprio ou de terceiro. Entendemos que o elemento específico deve ser aplicado apenas à segunda figura, uma vez que a primeira já o possui ínsito ao verbo-núcleo do tipo –apropriar-se. Maiores detalhes, ver nota ao art. 168, quanto ao elemento subjetivo do tipo. E, quanto à sua vontade de apossar-se do que não lhe pertence, não basta o funcionário alegar que sua intenção era restituir o que retirou da esfera de disponibilidade da Administração, devendo a prova ser clara nesse prisma, a fim de se afastar o ânimo específico de aproveitamento, tornando atípico o fato. A forma culposa vem prevista no § 2.º.

9. Peculato de uso: assim como o furto, não se configura crime quando o funcionário público utiliza um bem qualquer infungível, em seu benefício ou de outrem, mas com a nítida intenção de devolver, isto é, sem que exista a vontade de se apossar do que

não lhe pertence, mas está sob sua guarda. A vontade de se apropriar demonstra que a intenção precisa estar voltada à conquista definitiva do bem móvel. Portanto, inexistente crime quando o agente utiliza um veículo que lhe foi confiado para o serviço público em seu próprio benefício, isto é, para assuntos particulares. Configura-se, nessa hipótese, mero ilícito administrativo. Não se pode, ainda, falar em peculato de uso quando versar sobre dinheiro, ou seja, coisa fungível. Se o funcionário usar dinheiro que tem sob sua guarda para seu próprio benefício, pratica o delito de peculato. Ressalte-se, no entanto, que atualmente está em vigor a Lei 8.429/92 (que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências), prevendo, nos arts. 9.º, 10 e 11, vários atos de improbidade administrativa, que importam em perda do cargo, restituição dos valores, multa, proibição de recebimento de incentivos fiscais ou creditícios e suspensão dos direitos políticos, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. No inciso IV do supramencionado art. 9.º, constitui ato de improbidade administrativa “utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”. Portanto, ainda que não punível penalmente, constitui ilícito administrativo dos mais graves. Sobre o tema, convém mencionar a lição de Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior: “Nesta hipótese, para que se possa falar de apropriação indébita ou de desvio, é necessário que o uso, por sua natureza e por sua duração, seja tal que comprometa

a utilidade da coisa para a Administração Pública ou para outro sujeito ao qual pertença. Naturalmente, para que se aperfeiçoe o crime, é preciso que haja um compromisso sério na utilização da coisa. Por isso, não haverá ilícito penal, mas somente um ato moralmente reprovável e suscetível de sanções disciplinares, se um funcionário público, por ocasião de uma festa, enfeitar sua casa com quadros de sua repartição, ou, então, usar vez ou outra máquinas de escrever, automóveis, que pertençam a terceiros e estejam em sua posse em razão do cargo. Se se verificar consumo de gasolina ou de outro material, poder-se-á configurar o peculato em relação a tais materiais” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 46).

10. Funcionário que recebe dinheiro ou outro valor de particular e aplica na própria repartição: comete peculato-desvio, pois o valor foi destinado ao Estado, não sendo da esfera de atribuição do funcionário, sem autorização legal, aplicá-lo na repartição, ainda que para a melhoria do serviço público. Qualquer investimento nos prédios públicos depende de autorização e qualquer recebimento de vantagem exige a incorporação oficial ao patrimônio do Estado. Se receber valores indevidos, porque os solicitou ao particular, ingressa no contexto da corrupção passiva, ainda que os aplique na própria repartição em que trabalha.

11. Objetos material e jurídico: o objeto material é constituído de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel. O objeto jurídico é a Administração Pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral.

12. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou

especial); material (crime que exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo benefício auferido pelo agente nas duas figuras); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito), nas formas dolosas, porém plurissubjetivo (crime que exige pelo menos duas pessoas) na modalidade culposa (vide a nota 19 infra); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

13. Concurso de pessoas: é admissível, segundo a regra do art. 30 do Código Penal. A condição pessoal do agente comunica-se ao co-autor, porque elementar do crime.

14. Aplicação da defesa preliminar: ao peculato e outros delitos funcionais, tendo em vista o disposto no art. 323, I, do Código de Processo Penal (são afiançáveis os crimes cuja pena mínima não ultrapasse dois anos), aplica-se o procedimento do art. 514, *caput*, do mesmo Código: “Nos crimes afiançáveis, estando a denúncia ou queixa em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias”.

15. Sujeitos, objetos e classificação do crime: ver notas 3, 4 e 12 ao *caput*.

16. Elemento subjetivo do tipo: ver nota 8 ao *caput*.

17. Análise do núcleo do tipo: a conduta, nesta hipótese, é *subtrair* (tirar de quem tem a posse ou a propriedade), não se exigindo, portanto, que o funcionário tenha o bem sob sua guarda, o que é necessário para a figura do *caput*. Por isso, a doutrina classifica o § 1.º como *peculato-furto*. Note-se, ainda, que o tipo penal prevê outra hipótese, que é *concorrer para que seja subtraído*, dando mostra que considera conduta principal o fato de o funcionário colaborar para que outrem subtraia bem da Administração Pública. Se porventura não houvesse tal previsão, poder-se-ia indicar que o funcionário, colaborando para a subtração alheia, respondesse por furto, em concurso de pessoas, já que o executor material seria pessoa não ligada à Administração. Mas, havendo expressamente essa disposição – “concorre para que seja subtraído” –, é natural supor que o particular, mesmo agindo como executor, ingressa no tipo do art. 312, que é especial em relação do art. 155 (furto), como co-autor.

18. Elemento normativo do tipo: *valer-se de facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário* é fundamental para a configuração do *peculato-furto*. Assim, não basta que haja a subtração, sendo indispensável que ela se concretize em razão da facilidade encontrada pelo funcionário para tanto. Se o agente, ainda que funcionário, não se vale do cargo, nem de qualquer facilidade por ele proporcionada, para subtrair bem da Administração Pública, comete furto, e não peculato.

19. Pecalato culposo: é figura a ser preenchida através do elemento subjetivo *culpa*, isto é, imprudência, negligência ou imperícia. Ver as notas 72 a 74 ao art. 18, II, do Código Penal. Na realidade, criou-se neste dispositivo autêntica participação

culposa em *ação dolosa alheia* (note-se que não se fala em participação culposa em *crime doloso*, o que é inviável pela teoria monística adotada no concurso de pessoas, conforme explicamos na nota 12 ao art. 29). O funcionário, para ser punido, insere-se na figura do garante, prevista no art. 13, § 2.º, do Código Penal. Assim, tem ele o dever de agir, impedindo o resultado de ação delitosa de outrem. Não o fazendo, responde por peculato culposo. Exemplificando: se um vigia de prédio público desvia-se de sua função de guarda, por negligência, permitindo, pois, que terceiros invadam o lugar e de lá subtraiam bens, responde por peculato culposo. O funcionário, neste caso, infringe o dever de cuidado objetivo, inerente aos crimes culposos, deixando de vigiar, como deveria, os bens da Administração que estão sob sua tutela. Vale ressaltar, ainda, que esta modalidade de peculato é sempre plurissubjetiva, isto é, necessita da concorrência de pelo menos duas pessoas: o funcionário (garante) e terceiro que comete o crime para o qual o primeiro concorre culposamente. É impossível que um só indivíduo seja autor de peculato culposos.

20. Causa de extinção da punibilidade ou de redução da pena: aplicável somente ao peculato culposos, é possível que o funcionário reconheça a sua responsabilidade pelo crime alheio e decida reparar o dano, restituindo à Administração o que lhe foi retirado. Nessa hipótese, extingue-se a punibilidade, se tal reparação se der antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. Caso a restituição seja feita posteriormente, é apenas uma causa de diminuição da pena. Nesta última hipótese, cabe ao juiz da execução penal aplicar o redutor da pena, por ter cessado a atividade jurisdicional do juiz da condenação.

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313. Apropriar-se²¹⁻²³ de dinheiro ou qualquer utilidade²⁴ que, no exercício do cargo,²⁵ recebeu por erro de outrem:²⁶⁻²⁹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

21. Análise do núcleo do tipo: *apropriar-se*, como mencionado, significa tomar algo como propriedade sua ou apossar-se. É o chamado *peculato-estelionato* ou *peculato impróprio*.

22. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. É correta a lembrança de Fernando Henrique Mendes de Almeida: “Se particular entrasse no fato, evidentemente, estaríamos defronte de uma usurpação de funções públicas em forma agravada (art. 328). De qualquer forma, o que importa é verificar que o *peculato* por erro de outrem é praticado na base inicial de uma usurpação de atribuições” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 27). O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou a pessoa prejudicada.

23. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Entendemos não haver, também, elemento subjetivo do tipo específico. A vontade específica de pretender apossar-se de coisa pertencente a outra pessoa está ínsita no verbo “apropriar-se”. Portanto, incidindo sobre o núcleo do tipo, o dolo é suficiente para configurar o crime de *peculato-apropriação*. Além disso, é preciso destacar que o dolo é atual, ou seja, ocorre no momento da conduta “apropriar-se”, inexistindo a figura por alguns apregoada do “dolo subsequente”. Não existe a figura culposa.

24. Dinheiro ou qualquer utilidade: *dinheiro* é a moeda corrente oficial destinada

a proporcionar a sua troca por bens e serviços. *Utilidade* é qualquer vantagem ou lucro. O tipo penal, valendo-se da interpretação analógica, generaliza, proporcionando que, por meio do exemplo dado (“dinheiro”), se consiga visualizar outras hipóteses, semelhantes a esta, que sejam úteis ao agente (por isso a menção a “utilidade”), sendo móveis e com valor econômico.

25. No exercício do cargo: seria puro preciosismo distinguir a expressão “no exercício do cargo” da anterior, utilizada no art. 312, “em razão do cargo”. Em ambas as hipóteses, o que se tem em conta é que o funcionário, prevalecendo-se das suas funções, consegue obter valor que não lhe chegaria às mãos não fosse o cargo exercido. Assim, ver nota 7 ao artigo anterior.

26. Erro de outrem: erro é a falsa percepção da realidade. Torna-se necessário que a vítima, por equivocar-se quanto à pessoa do funcionário público encarregado de receber o dinheiro ou a utilidade, termine entregando o valor a quem não está autorizado a receber. Este, por sua vez, interessado em se apropriar do bem, nada comunica à pessoa prejudicada, nem tampouco à Administração. Aliás, é possível ainda que o ofendido entregue dinheiro ou outra utilidade *desnecessariamente* ao funcionário competente e este, aproveitando-se do erro, aproprie-se do montante. Nas últimas edições deste Código defendíamos que o erro deveria originar-se do próprio ofendido, não podendo ser causado pelo agente. Baseávamo-nos na interpretação da expressão “recebeu por erro de outrem”, a indicar, aparentemente, que o equívoco brotou da vítima. E nesse prisma, sustenta Hungria: “O erro de quem entrega (sujeito passivo) há de ser *espontâneo*: se provocado pelo funcionário *accipiens*, o crime a reconhecer será uma das modalidades

da *concussão* (art. 316) ou *estelionato*” (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 353-354). Meditando sobre o tema, não mais nos convencemos dessa postura. Se estamos diante do denominado *peculato-estelionato*, cuida-se, afinal, de uma forma de *estelionato* praticado por funcionário público, do mesmo modo que há o *peculato-furto*, estudado no art. 312, forma de furto cometido pelo funcionário. Qual a diferença de o erro brotar do ofendido espontaneamente e de haver a colaboração do funcionário para que tal se dê? Nenhuma. Não se pode pretender lançar o fato para o campo do *estelionato* puro, como sugere Hungria, na medida em que há uma apropriação de dinheiro público por um funcionário que induziu alguém em erro. E o tipo do art. 313 é especial em relação ao do art. 171. E muito menos se pode sustentar a ocorrência de *concussão*, cuja prática demanda a conduta de *exigir* no *caput*, e, quanto ao excesso de exação, previsto nos §§ 1.º e 2.º, cuida-se de *exigência* ou *desvio* de tributo ou contribuição social – e não qualquer dinheiro ou utilidade. Enfim, a modalidade prevista no art. 313 é um *estelionato* cometido por funcionário público em detrimento, primordialmente, do Estado, bem como, em segundo plano, da pessoa prejudicada. O importante é que exista apropriação de dinheiro ou outra utilidade decorrente de *erro* de terceiro, pouco importando se esse equívoco nasceu espontaneamente ou foi induzido pelo agente receptor.

27. Objetos material e jurídico: o objeto material é dinheiro ou outra utilidade. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses patrimonial e moral).

28. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (crime que exige, para

sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo benefício auferido pelo agente); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

29. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo anterior.

Inserção de dados falsos em sistema de informações³⁰

Art. 313-A. Inserir³¹⁻³³ ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente³⁴ dados corretos nos sistemas informatizados³⁵ ou bancos de dados³⁶ da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida^{36-A} para si ou para outrem ou para causar dano.³⁷⁻³⁸

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

30. Figura semelhante ao peculato impróprio: a criação desse novo tipo penal, incluindo-o a Lei 9.983/2000 no contexto do *peculato*, equivale a compará-lo com o *peculato impróprio* ou o *peculato-estelionato*. Neste (figura do art. 313), o sujeito apropria-se de dinheiro ou outra utilidade que, exercendo um cargo, recebeu por engano de outrem. Naturalmente, é de se considerar que o dinheiro deveria ter ido parar nos cofres da Administração Pública, mas termina com o funcionário (sujeito

ativo específico). Assim, ao inserir dados falsos em banco de dados da Administração Pública, pretendendo obter vantagem indevida, está, do mesmo modo, visando apossar-se do que não lhe pertence ou simplesmente desejando causar algum dano. Pelo ardil utilizado (alteração de banco de dados ou sistema informatizado), verifica-se a semelhança com o estelionato.

31. Análise do núcleo do tipo: *inserir* (introduzir ou incluir) ou *facilitar a inserção* (permitir que alguém introduza ou inclua), *alterar* (modificar ou mudar) ou *excluir* (remover ou eliminar) são as condutas puníveis. O objeto é o dado falso ou correto, conforme o caso. Nas duas primeiras – inserir ou facilitar a inserção – visa-se o dado falso, que é a informação não correspondente à realidade. Tal conduta pode provocar, por exemplo, o pagamento de benefício previdenciário a pessoa inexistente. Nas duas últimas – alterar ou excluir – tem-se por fim o dado correto, isto é, a informação verdadeira, que é modificada ou eliminada, fazendo com que possa haver algum prejuízo para a Administração. Exemplo disso seria eliminar a informação de que algum segurado faleceu, fazendo com que a aposentadoria continue a ser paga normalmente.

32. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público e, no caso presente, devidamente autorizado a lidar com o sistema informatizado ou banco de dados. O funcionário *não autorizado* somente pode praticar o crime se acompanhado de outro, devidamente autorizado. Creemos que a limitação não deveria ter sido estabelecida e qualquer funcionário público que tivesse acesso ao sistema, por qualquer meio que fosse, alterando-o, deveria ser igualmente punido. O sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, a pessoa prejudicada.

33. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico consistente na finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano. Não se pune a forma culposa.

34. Elemento normativo do tipo: exige-se que a conduta do funcionário seja *indevida*, pois, se autorizada por lei ou por regulamento, ainda que cause prejuízo à Administração, não se configura o tipo penal.

35. Sistema informatizado: é o conjunto de elementos, materiais ou não, coordenados entre si, que funcionam como uma estrutura organizada, tendo a finalidade de armazenar e transmitir dados, por meio de computadores. Pode significar uma rede de computadores ligados entre si, por exemplo, que transmitem informações uns aos outros, permitindo que o funcionário de uma repartição tome conhecimento de um dado, levando-o a deferir o pagamento de um benefício ou eliminar algum que esteja sendo pago. O *sistema informatizado* é peculiar de equipamentos de informática, podendo possuir um banco de dados de igual teor. Assim, a diferença existente entre o sistema informatizado e o banco de dados é que o primeiro sempre se relaciona aos computadores, enquanto o segundo pode ter, como base, arquivos, fichas e papéis não relacionados à informática.

36. Banco de dados: é a compilação organizada e inter-relacionada de informes, guardados em um meio físico, com o objetivo de servir de fonte de consulta para finalidades variadas, evitando-se a perda de informações. Pode ser organizado também de maneira informatizada.

36-A. Vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou be-

nefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico, e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude.

37. Objetos material e jurídico: o objeto material são os dados falsos ou verdadeiros de sistemas informatizados ou bancos de dados. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus interesses material e moral.

38. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

Art. 313-B. Modificar³⁹⁻⁴¹ ou alterar, o funcionário, sistema de informações⁴² ou programa de informática⁴³ sem autorização⁴⁴ ou solicitação de autoridade competente.⁴⁵⁻⁴⁶

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas⁴⁷ de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

39. Análise do núcleo do tipo: *modificar* (imprimir um novo modo, transformar de maneira determinada) ou *alterar* (mudar de forma a desorganizar, decompor o sistema original). A primeira conduta implica em dar nova forma ao sistema ou programa, enquanto a segunda tem a conotação de manter o sistema ou programa anterior, embora conturbando a sua forma original. O objeto é o sistema de informações ou programa de informática.

40. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado.

41. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

42. Sistema de informações: é o conjunto de elementos materiais agrupados e estruturados visando ao fornecimento de dados ou instruções sobre algo. Embora pelo contexto tenha-se a impressão de se tratar de meio informatizado, cremos que pode ter maior abrangência, isto é, pode ser organizado por computadores ou não.

43. Programa de informática: é o *software*, que permite ao computador ter utilidade, servindo a uma finalidade qualquer.

Trata-se de uma sequência de etapas, contendo rotinas e funções, a serem executadas pelo computador, resolvendo problemas e alcançando determinados objetivos. Muitos desses programas envolvem, atualmente, as folhas de pagamento de vencimentos de servidores, aposentadorias ou outros benefícios a segurados etc.

44. Elementos normativos do tipo: a falta de *autorização* ou *solicitação* da autoridade competente para manipular o sistema de informações ou o programa de informática constitui elemento de ilicitude trazido para dentro do tipo. Assim, existindo a autorização ou a solicitação, em vez de lícita, torna-se atípica a conduta.

45. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser o sistema de informações ou o programa de informática. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses material e moral).

46. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

47. Causa de aumento de pena: trata-se do exaurimento do crime. O delito é formal, de modo que basta a conduta

(modificar ou alterar) para haver a consumação. Entretanto, o resultado naturalístico possível com tal conduta é justamente o prejuízo gerado para a Administração Pública ou para o administrado, razão pela qual, atingindo-o, o delito está exaurido, aumentando-se a pena.

Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento

Art. 314. Extraviar⁴⁸⁻⁵⁰ livro oficial ou qualquer documento,⁵¹ de que tem a guarda em razão do cargo;⁵² sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente;⁵³⁻⁵⁴

Pena – reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.⁵⁵⁻⁵⁶

48. Análise do núcleo do tipo: *extraviar* é fazer com que algo não chegue ao seu destino; *sonegar* significa ocultar ou tirar às escondidas; *inutilizar* é destruir ou tornar inútil. Qualquer das condutas pode ser realizada *total* ou *parcialmente*, o que torna mais difícil a configuração da tentativa, já que a inutilização parcial de um documento constitui delito consumado, em face da descrição típica.

49. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou outra pessoa prejudicada.

50. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

51. Livro oficial ou outro documento: *livro oficial* é o livro criado por força de lei para registrar anotações de interesse para a Administração Pública. “Os livros oficiais de que fala a lei são: a) todos aqueles que, pelas leis e regulamentos, são guardados em

arquivos da Administração Pública com a nota de que assim se devem considerar; b) todos os que, embora aparentemente possam conter fatos que, a juízo do funcionário que os guarda, não apresentam a característica de oficialidade, lhe são confiados como se a tivessem” (Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 35). Documento é qualquer escrito, instrumento ou papel, de natureza pública ou privada.

52. Em razão do cargo: ver nota 7 ao art. 312.

53. Objetos material e jurídico: o objeto material é o livro oficial ou outro documento. O objeto jurídico é a Administração Pública (nos enfoques patrimonial e moral).

54. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a Administração); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (quando implica em ação), nas modalidades *extraviar* e *inutilizar*, ou omissivo (quando implica em omissão), na forma *sonegar*; e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (quando composto por um único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso (*extraviar* e *inutilizar* admitem a forma plurissubsistente; *sonegar*

é unissubsistente); admite tentativa na modalidade plurissubsistente.

55. Delito subsidiário: somente se aplica o art. 314 quando não houver figura típica mais grave. Se o sujeito, por exemplo, resolve destruir documento com a finalidade de obter algum benefício, incide na figura do art. 305, mais grave, sujeita à pena de reclusão de 2 a 6 anos e multa (documento público), ou reclusão de 1 a 5 anos e multa (documento particular). Sob outro aspecto, se o extravio for de “livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de quem tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social”, prevalece o art. 3.º, I, da Lei 8.137/90, em razão da especialidade, sobre a figura do art. 314 do Código Penal.

56. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315. Dar⁵⁷⁻⁵⁹ às verbas ou rendas públicas aplicação^{60-60-A} diversa da estabelecida em lei:⁶¹⁻⁶⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

57. Análise do núcleo do tipo: *dar aplicação* significa empregar ou utilizar. O objeto da conduta são as verbas ou rendas públicas.

58. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público prejudicada.

59. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

60. Verbas ou rendas públicas: *verba pública* é a dotação de quantia em dinheiro para o pagamento das despesas do Estado; *renda pública* é qualquer quantia em dinheiro legalmente arrecadada pelo Estado.

60-A. Finalidade justa do emprego irregular de verbas: pouco importa. O funcionário tem o dever legal de ser fiel às regras estabelecidas pela Administração para aplicar o dinheiro público – logo, não havendo exigência, para este delito, de elemento subjetivo específico, isto é, o objetivo de prejudicar o Estado, qualquer desvio serve para a configuração do crime. “Outrossim, não importa demonstrar que o emprego irregular de verba ou renda pública obedeceu a propósitos honestos e teve também fins honestos. A lei positiva por que se deve reger a ordem jurídica somente coincide com o princípio de moral, quando o legislador o encampa. Finalmente, não aproveita, ainda, demonstrar que a aplicação irregular foi mais racional do que seria, se obedecida a lei. O argumento lógico, ainda quando realmente insuscetível de contestação, não é o que, em todos os casos se contém na lei. Esta, apesar de dura, de absurda, de injusta, de imoral, deve ser cumprida por aqueles a que se dirige, salvo se houver impossibilidade insuperável decorrente da natureza das coisas” (Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 43-44).

61. Conceito de lei: tendo em vista tratar-se de dinheiro público, é preciso que se compreenda restritivamente o significado de *lei*. Portanto, é a norma emanada do Poder Legislativo, e não estão incluídos aí meros decretos, portarias, provimentos ou outras normas em sentido amplo. Nesse sentido, ver os arts. 163 e 165 da Constituição Federal.

62. Objetos material e jurídico: o objeto material é a verba ou a renda pública.

O objeto jurídico é a Administração Pública, em seus interesses patrimonial e moral.

63. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (crime que exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo emprego da verba ou da renda em finalidade diversa da prevista em lei); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“dar” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

64. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

Concussão

Art. 316. Exigir,⁶⁵⁻⁶⁶ para si ou para outrem,⁶⁷ direta ou indiretamente,⁶⁸ ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela,⁶⁹ vantagem indevida:⁷⁰⁻⁷⁴

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.^{75-75-A}

Excesso de exação

§ 1.º Se o funcionário⁷⁶⁻⁷⁸ exige tributo ou contribuição social⁷⁹⁻⁸⁰ que sabe ou deveria saber⁸¹ indevido,⁸² ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso,⁸³ que a lei não autoriza:⁸⁴⁻⁸⁶

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.⁸⁷

§ 2.º Se o funcionário⁸⁸ desvia,⁸⁹ em proveito próprio ou de outrem,⁹⁰ o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:⁹¹⁻⁹³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

65. Análise do núcleo do tipo: *exigir* significa ordenar ou demandar, havendo aspectos nitidamente impositivos e intimidativos na conduta, que não precisa ser, necessariamente, violenta. Não deixa de ser uma forma de extorsão, embora colocada em prática por funcionário público. Explica Basileu Garcia que a palavra *concussão* “liga-se ao verbo latino *concutere*, sacudir fortemente. Empregava-se o termo especialmente para alusão ao ato de sacudir com força uma árvore para que dela caíssem os frutos. Semelhantemente procede o agente desse crime: sacode o infeliz particular sobre quem recai a ação delituosa, para que caiam frutos, não no chão, mas no seu bolso” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 225).

65-A. Espécies de concussão: na análise de Fernando Henrique Mendes de Almeida, a concussão se apresenta em três modalidades: a) típica (prevista no *caput*), em que se exige vantagem indevida, desconectada de qualquer tributo; b) própria, na qual há o abuso de poder, exigindo-se tributo ou contribuição indevida (§ 1.º, primeira parte); c) imprópria, em que se demanda, com abuso de poder, tributo ou contribuição devida (§ 1.º, segunda parte) (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 50).

66. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou a pessoa diretamente prejudicada.

67. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente em destinar a vantagem para si ou para outra pessoa. Não existe a forma culposa.

68. Modos de atuação: é possível a configuração do delito caso o agente atue diretamente (sem rodeios e pessoalmente) ou fazendo sua exigência de modo indireto (disfarçado ou camuflado ou por interposta pessoa).

69. Utilização da função: o tipo é explícito ao exigir que o agente valha-se de sua função para demandar a vantagem indevida. Pode ele se encontrar fora da função (suspensão ou de licença), não ter, ainda, assumido suas atividades (nomeado, mas não empossado) ou já estar em pleno desenvolvimento de sua função. Entretanto, em qualquer caso, é indispensável que reclame a vantagem invocando sua atividade profissional.

70. Conceito de vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma homenagem ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude.

71. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem indevida. O objeto jurídico é a Administração Pública (aspectos material e moral).

72. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo benefício auferido pelo agente). No prisma de ser crime formal: STF: HC 73.051-SP, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 12.12.1995, v. u., *DJ* 22.03.1996, p. 8.207; HC 74.009-MS, 2.^a T., rel. Carlos Velloso, 10.12.1996, v. u., *DJ* 14.03.1997, p. 6.903; STJ: RHC 8.271-RS, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 18.05.1999, v. u., *DJ* 21.06.1999, p. 173; REsp 147.891-PR, 5.^a T., rel. Edson Vidigal, 27.10.1998, v. u., *DJ* 23.11.1998, p. 191; TJSP: Ap. 151.508-3, SP, 1.^a C., rel. Fortes Barbosa, 28.08.1995, v. u.; Ap. 235.193-3, São Paulo, 3.^a C., rel. Cerqueira Leite, 28.06.1999, v. u. É delito de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.^o, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (crime praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

73. Prisão em flagrante: se o crime é formal, a prisão em flagrante deve ocorrer no momento da exigência, e não por ocasião do recebimento da vantagem, instante em que há somente o exaurimento do delito.

Assim, se o funcionário exige uma vantagem, prometido o pagamento para o dia seguinte, não há possibilidade de se lavrar prisão em flagrante por ocasião do recebimento. O correto, uma vez que o crime está consumado, seria a decretação da prisão preventiva, quando for necessário, prendendo-se o agente no momento do recebimento, que serve para demonstrar, com maior nitidez, a concretização da concussão. No sentido que defendemos: STJ: “Consumando-se o crime de concussão, com a efetiva exigência da vantagem indevida, tem-se a ilegalidade da prisão realizada mais de 15 dias após a consumação do crime, quando do recebimento daquilo que foi exigido, pois tal fato constitui-se em mero exaurimento do delito” (RHC 8.735-BA, 5.^a T., rel. Gilson Dipp, 19.10.1999, v. u., *DJ* 22.11.1999, p. 164).

74. Flagrante e crime impossível: nos casos de concussão, não se configura o flagrante preparado – aquele que é armado por policiais para incriminar alguém, sendo de consumação inviável –, aplicando-se a Súmula 145 do STF, quando a polícia, cientificada antecipadamente da conduta do funcionário, dá voz de prisão logo após feita a exigência. É o que se chama de flagrante esperado. Cremos, como exposto na nota anterior, ser incabível a prisão em flagrante no momento do pagamento da quantia, quando este constituir mero exaurimento do delito, porque feito muito depois da consumação. Ainda assim, se realizado o flagrante, isto não significa que seja motivo para reconhecer a ocorrência do crime impossível. Relaxa-se o flagrante, mas pune-se o funcionário. No prisma que sustentamos, invalidando a prisão, mas mantendo-se a prova produzida: STF: “Concussão – Crime formal, que se consuma com a exigência – Flagrante posterior, quando do recebimento pelo funcionário do dinheiro exigido, que, ainda quando invalide a prisão, não induz,

nas circunstâncias do caso, a invalidade da prova resultante” (HC 72.168-RS, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 28.03.1995, v. u., DJ 09.06.1995, p. 17.232).

75. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

75-A. Crime de concussão contra paciente do SUS: é da competência da Justiça Estadual, pois a parte prejudicada não é o estabelecimento de saúde, nem o sistema, ainda que administrado pela União. O ofendido é o particular. Conferir: STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito destinado a apurar crime de concussão consistente na cobrança de honorários médicos ou despesas hospitalares a paciente do SUS, por se tratar de delito que acarreta prejuízo apenas ao particular, sem ofensa a bens, serviços ou interesse da União” (CC 36.081-RS, 3.^a Seção, rel. Arnaldo Esteves Lima, 13.12.2004, v. u., DJ 01.02.2005, p. 403).

76. Conceito de exação: é a cobrança pontual de tributos. Portanto, o que este tipo penal tem por fim punir não é a exação em si mesma, mas o seu excesso, sabido que o abuso de direito é considerado ilícito. Assim, quando o funcionário cobra tributo além da quantia efetivamente devida, comete o *excesso de exação*.

77. Análise do núcleo do tipo: há duas formas para compor o excesso de exação: a) *exigir* (demandar, ordenar) o pagamento de tributo ou contribuição social indevidos; b) *empregar* (dar emprego ou usar) meio vexatório na cobrança.

78. Sujeitos ativo e passivo: ver nota 66 ao *caput*.

79. Tributo ou contribuição social: *tributo* é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se

possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3.^o do Código Tributário Nacional). São espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria. As contribuições sociais são, atualmente, consideradas também tributos, estando previstas nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal. Há autores que as incluem, conforme a hipótese de incidência, como impostos, taxas ou contribuições de melhoria (cf. Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 178), enquanto outros as colocam como autênticas espécies de tributos (cf. Ricardo Cunha Chimentí, *Direito tributário*, p. 37). Não há possibilidade de ampliação do rol, em razão do princípio constitucional da reserva legal.

80. Cobrança de emolumentos não configura tributo nem excesso de exação: “tipifica-se o excesso de exação pela exigência de tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza. No conceito de tributo não se inclui custas ou emolumentos. Aquelas são devidas aos escrivães e oficiais de justiça pelos atos do processo e estes representam contraprestação pela prática de atos extrajudiciais dos notários e registradores. Tributos são as exações do art. 5.^o do Código Tributário Nacional. Em consequência, a exigibilidade pelo oficial registrador de emolumento superior ao previsto no Regulamento de Custas e Emolumentos não tipifica o delito de excesso de exação, previsto no § 1.^o, do art. 316 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990” (STJ, RHC 8.842-SC, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 16.11.1999, v. u., DJ 13.12.1999, p. 179).

81. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, nas modalidades *direta* (“que sabe”) e *indireta* (“que deveria saber”). Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Por exclusão, deixou claro o tipo penal que a primeira modalidade (exigir tributo ou contribuição social) admite o dolo direto e o dolo eventual, mas a segunda, por não repetir a mesma fórmula, somente aceita o dolo direto.

82. Elemento normativo do tipo: o termo *indevido* evidencia que o tributo ou a contribuição social cobrados não de ser impróprios, vale dizer, de exigência ilícita, seja porque a lei não autoriza que o Estado os cobre, seja porque o contribuinte já os pagou, seja, ainda, porque estão sendo demandados em valor acima do correto.

83. Meio vexatório ou gravoso: *meio vexatório* é o que causa vergonha ou ultraje; *gravoso* é o meio oneroso ou opressor. É natural que o Estado não possa aceitar – nem fazer – uma cobrança vexatória ou gravosa, parecendo supérfluo mencionar, na parte final do tipo, a expressão “que a lei não autoriza”. Seria inconstitucional se o fizesse, isto é, se lei autorizasse vexar ou oprimir o contribuinte. Entretanto, foi melhor constar, a fim de não autorizar o entendimento de que o *vexame* ou o *gravame* seriam analisados do ponto de vista de quem contribui. Em verdade, verifica-se se o tributo ou a contribuição estão sendo corretamente cobrados de acordo com a lei, ainda que possa parecer a quem paga gravoso demais, por exemplo.

84. Norma em branco: é preciso consultar os meios de cobrança de tributos e contribuições, instituídos em lei específica, para apurar se está havendo excesso de exação.

85. Objetos material e jurídico: o objeto material é o tributo ou a contribuição

social. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses material e moral).

86. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no recebimento do tributo ou da contribuição não devidos) na forma “exigir” e material (crime que exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo emprego de meio vexatório ou gravoso) na modalidade “empregar na cobrança”; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (crime cometido por um único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

87. Pena desproporcional: após a modificação imposta pela Lei 8.137/90, a pena do excesso de exação tornou-se desproporcional e exagerada, mormente quando considerada em confronto com as figuras do *caput* (concussão) e do § 2.º (exação qualificada). Reclama o tipo penal, pois, em razão do princípio da proporcionalidade das penas, uma correção.

88. Sujeitos ativo e passivo: ver nota 66 ao *caput*.

89. Análise do núcleo do tipo: é o *excesso de exação qualificado*. Quando o funcionário *desviar* (alterar o destino ori-

ginal) para si ou para outrem o que *recebeu indevidamente* (aceitar em pagamento sem previsão legal), pratica a figura qualificada do delito previsto no § 2.º. O recolhimento, apesar de indevido, destina-se, sempre, aos cofres públicos, uma vez que se trata de exação (cobrança de impostos).

90. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de praticar a conduta “em proveito próprio ou de outrem”. Não há a forma culposa.

91. Objetos material e jurídico: ver nota 85 ao parágrafo anterior.

92. Classificação: ver nota 86 ao parágrafo anterior. Acresça-se que, nesta figura, o crime é formal, bastando o desvio para a consumação, ainda que a Administração não sofra prejuízo (resultado naturalístico).

93. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

Corrupção passiva

Art. 317. Solicitar ou receber,⁹⁴⁻⁹⁵ para si ou para outrem,⁹⁶ direta ou indiretamente,⁹⁷ ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela,⁹⁸⁻⁹⁹ vantagem indevida,¹⁰⁰⁻¹⁰² ou aceitar promessa de tal vantagem:¹⁰³⁻¹⁰⁷

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.^{107-A}

§ 1.º A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.¹⁰⁸

§ 2.º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:¹⁰⁹⁻¹¹⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

94. Análise do núcleo do tipo: *solicitar* significa pedir ou requerer; *receber* quer dizer aceitar em pagamento ou simplesmente aceitar algo. A segunda parte do tipo penal prevê a conduta de *aceitar promessa*, isto é, consentir em receber dádiva futura. Classifica a doutrina como *corrupção própria* a solicitação, recebimento ou aceitação de promessa de vantagem indevida para a prática de ato ilícito, contrário aos deveres funcionais, bem como de *corrupção imprópria*, quando a prática se refere a ato lícito, inerente aos deveres impostos pelo cargo ou função. Pensávamos, ainda, que a modalidade “receber” implicaria num delito necessariamente bilateral, isto é, demandaria a presença de um corruptor (autor de corrupção ativa) para que o corrupto também fosse punido. E, se assim fosse, logicamente, a não identificação do corruptor não impediria a punição do corrupto, embora a absolvição do primeiro, conforme o caso (fato inexistente, por exemplo), dovesse implicar na absolvição do segundo. Melhor refletindo e contrastando este tipo penal do art. 317 com a descrição típica feita no art. 333, nota-se que existe possibilidade de se configurar a corrupção passiva, sem que haja a corrupção ativa. Afinal, esta demanda o *oferecimento* ou a *promessa* de vantagem indevida *para* que o funcionário faça ou deixe de fazer algo. Logo, a corrupção ativa é prévia à realização do ato (o que destacaremos na nota 67 ao art. 333). Ora, se um funcionário público receber, para si, vantagem indevida, em razão de seu cargo, configura-se, com perfeição, o tipo penal do art. 317, *caput*. A pessoa que fornece a vantagem indevida pode estar *preparando* o funcionário para que, um dia, dele necessitando, solicite algo, mas nada pretenda no momento da entrega do mimo. Ou, ainda, pode presentear o funcionário, após ter este realizado um ato de ofício. Cuida-se de corrupção passiva do mesmo modo, pois

fere a moralidade administrativa, sem que se possa sustentar (por ausência de elementos típicos) a ocorrência da corrupção ativa. Em igual prisma, conferir Basileu Garcia (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 228). Classifica-se, ainda, a corrupção em antecedente, quando a retribuição é pedida ou aceita antes da realização do ato, e subsequente, quando o funcionário a solicita ou aceita somente após o cumprimento do ato (cf. Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 102). Esclarece Basileu Garcia que “o crime de corrupção existia na Consolidação das Leis Penais sob nome diverso. Intitulava-se ‘peita ou suborno’. Embora as palavras fossem empregadas como sinônimas, enunciavam, realmente, duas modalidades. Já era assim no Código Criminal do Império. No velho estatuto de 1830, havia a peita quando recebesse o funcionário dinheiro ou (acrescentava alternativamente o texto na colorida linguagem da época) ‘ou algum donativo’. Suborno ocorria, quando se deixasse corromper o funcionário por influência ou (é textual) ‘outro peditório de alguém’.” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 226).

95. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou a pessoa prejudicada. Vale destacar as exceções expostas por Basileu Garcia: “um funcionário pode ser autor do crime de corrupção ativa e o particular pode sê-lo do crime de corrupção passiva. Quanto à corrupção passiva, a lei adverte que o crime se poderá dar através de pedido ou recebimento indiretamente efetuado. Suponha-se que o funcionário relapso se utilize dos préstimos de um intermediário, que poderá ser outro funcionário, como também um particular. O nexo de co-autoria o vinculará à responsabilidade

do principal protagonista. Pode dar-se, também, que determinado servidor do Estado assedie outro, para obter dele a prática de algum ato funcional mediante remuneração: aí teremos como réu de corrupção ativa um funcionário” (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 228-229).

96. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na vontade de praticar a conduta “para si ou para outrem”. Não há a forma culposa.

97. Modos de atuação: ver nota 68 ao art. 316.

98. Utilização da função: ver nota 69 ao art. 316.

99. Necessidade de mencionar expressamente na denúncia o ato de ofício: não se pode aceitar denúncia oferecida contra funcionário público sem a indicação de qual é o ato funcional vinculado à suposta vantagem indevida. Nessa esteira: TJSP: HC 261.928, Nova Granada, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 18.08.1998, v. u., *JUBI* 30/99.

100. Conceito de vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode

surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude.

101. Princípio da insignificância: tem aplicação, neste caso, o princípio da bagatela, ou seja, pequenos mimos ou lembranças, destinados a funcionários públicos, por exemplo, em datas comemorativas – como Natal, Páscoa etc. – é conduta penalmente irrelevante, não configurando o tipo penal da corrupção passiva. “É certo que, para chegar à compreensão de que a cortesia é desinteressada, é preciso que não nos inspiremos no exemplo exagerado daquilo que, por costume (mas, evidentemente, mau costume apenas) se justifique entre altos funcionários. A regra limitativa deve ser esta: a) que o presente seja ocasional e não habitual, ou contínuo; b) que não ocorra correspondência alguma entre o seu valor econômico e o ato de ofício, isto é, que não se possa formular, em face do fato, a relação que induza o caráter retributivo” (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 84-85).

102. Vantagem indevida idônea: não bastam meras ofertas de vantagens impossíveis ou não factíveis, incapazes de gerar no funcionário público uma real cobiça ou um atentado à moralidade administrativa. É preciso que o agente ofereça algo idôneo e verossímil, de acordo com suas condições, bem como harmônico com o seu contexto de vida. Nesse sentido: TJSP: “Embora delito unissubsistente e formal, a aperfeiçoar-se com o simples oferecimento ou promessa de vantagem indevida, a corrupção ativa reclama seja essa oferta ou promessa, além de certa, factível em relação ao agente e idônea de molde a agredir a consciência do funcionário” (hipótese de foragido de

presídio, de aspecto esqualido, que, preso de madrugada, foi colocado na cela, oferecendo ao delegado elevada soma para ser libertado, sem que a autoridade policial desse a menor atenção ao fato) (Ap. 314.877-3, São Paulo, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 19.12.2000, v. u., *JUBI* 57/01).

103. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem indevida. O objeto jurídico é a Administração Pública (aspectos patrimonial e moral).

104. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, bastando a conduta para consumir-se); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.^o, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito praticado por um ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente. Em contrário, desautorizando a hipótese da tentativa em qualquer caso, Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 121; Basileu Garcia, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 228. Convém mencionar a posição intermediária de Fernando Henrique Mendes de Almeida: “Entendemos, entretanto, que a tentativa da corrupção passiva, dependente como é este delito, deve existir, apenas, quando

também a corrupção ativa fica igualmente frustrada. A tentativa da solicitação não é punível, se o agente não chega a realizar a solicitação de modo a colher eco ou resistência do particular. No primeiro caso, haverá tentativa de ambos os delitos (da corrupção ativa e da corrupção passiva) se for frustrada ação de ambos os sujeitos ativos do delito. Frustrado apenas por um, por iniciativa do particular, haverá tentativa, de um lado apenas, já que solicitar o indevido em razão de ofício 'já é, só por só, começo de crime' (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 67-69).

105. Concurso de pessoas: o Código Penal, mais uma vez, abriu exceção à teoria unitária do crime (ou monista), criando outra figura típica (art. 333) para a pessoa que corrompe o funcionário. Assim, o particular que dá a vantagem indevida, em lugar de responder como partícipe do delito de corrupção passiva, comete o crime de corrupção ativa. Porém, pode o fornecedor do presente ao funcionário ser punido como partícipe do delito de corrupção passiva, caso o mimo seja fornecido após a prática do ato funcional ou sem que haja a promessa de realização de ato de ofício (ver a nota 94 supra), pois não há caracterização do crime de corrupção ativa.

106. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

107. Crime militar ou comum, conforme o caso: se o delito de corrupção ativa ou passiva for cometido por militar, no exercício da função, aplica-se o disposto no Código Penal Militar (arts. 308 e 309). Do contrário, é competência da justiça comum. Nesse prisma: STJ: "Se o policial militar, ao cometer o delito, não está no exercício de suas funções ou em situação de atividade, não se configura crime militar, sendo competente para o julgamento a Justiça

Comum" (HC 9.808-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 04.11.1999, v. u., DJ 06.12.1999, p. 104).

107-A. Aumento de pena: elevou-se a pena da corrupção passiva de 1 a 8 anos para 2 a 12 anos, mantendo-se a cominação de multa, conforme previsão da Lei 10.763/2003. Somente se pode considerar que o referido aumento teve por finalidade bloquear o benefício da suspensão condicional do processo, que exige a pena mínima de 1 ano, aos autores de corrupção. O aumento do teto da pena é inoperante no direito brasileiro, seja porque vige a política da pena mínima (praticamente inexistente a fixação da pena em grau máximo), seja porque a prescrição que realmente importa é a que leva em conta a pena concreta (normalmente no patamar mínimo) e não a da pena em abstrato, que levaria em consideração o máximo previsto para o crime. Por outro lado, tomando-se por base o novo mínimo previsto para o crime (2 anos), continua a ser viável a concessão de inúmeros benefícios penais, como a pena alternativa, o *sursis* e o regime aberto. Portanto, a alteração pouco efeito produzirá.

108. Causa de aumento da pena: eleva-se em um terço a pena do agente que, em razão da vantagem recebida ou prometida, efetivamente retarda (atrasa ou procrastina) ou deixa de praticar (não leva a efeito) ato de ofício que lhe competia desempenhar ou termina praticando o ato, mas desrespeitando o dever funcional. É o que a doutrina classifica de *corrupção exaurida*. De fato, tendo em vista que o tipo penal é formal, isto é, consuma-se com a simples solicitação, aceitação da promessa ou recebimento de vantagem, mesmo que inexista prejuízo material para o Estado ou para o particular, quando o funcionário atinge o resultado naturalístico exaure-se (esgota-se) o crime.

109. Figura privilegiada: a corrupção tem forma privilegiada, alterando-se a pena de reclusão para detenção e os limites para 3 meses a 1 ano ou multa, quando o funcionário pratica ou retarda o ato, bem como deixa de praticá-lo, levando em conta *pedido* (solicitação) ou *influência* (prestígio ou inspiração), mas sem qualquer vantagem indevida em questão.

110. Defesa preliminar: é cabível. Ver nota 14 ao artigo 312.

Facilitação de contrabando ou descaminho

Art. 318. Facilitar,¹¹¹⁻¹¹² com infração de dever funcional,¹¹³ a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):¹¹⁴⁻¹¹⁹

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

111. Análise do núcleo do tipo: *facilitar* (tornar mais fácil, ou seja, sem grande esforço ou custo) a *prática* (exercício ou realização) de contrabando ou descaminho.

112. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é apenas o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado.

113. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

114. Infração do dever funcional: a expressão integra a conduta típica, não sendo, pois, suficiente que o funcionário facilite o contrabando ou o descaminho, mas que o faça infringindo seu dever funcional, vale dizer, deixando de cumprir os deveres previstos em lei. Exige-se que o agente tenha a função de controlar, fiscalizar e impedir a entrada de mercadoria proibida no território nacional ou garantir o pagamento de imposto devido pela referida entrada.

115. Tipo remetido: a descrição típica deste crime faz referência expressa ao art. 334, remetendo o aplicador do direito a outra figura típica, que a complementa.

116. Exceção à teoria unitária: esta é outra exceção criada pelo legislador, prevendo pena mais grave para o funcionário público que *facilita* o contrabando, incidindo nesta figura típica, e sanção mais leve ao agente do contrabando ou descaminho, que incide na figura do art. 334. Se o funcionário público não infringe dever funcional, poderá ser co-autor ou partícipe do delito de contrabando ou descaminho.

117. Objetos material e jurídico: o objeto material é a mercadoria contrabandada ou o imposto não recolhido. O objeto jurídico é a Administração Pública (aspectos material e moral).

118. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo contrabando ou descaminho); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (ação) ou omissivo (inação), conforme o caso, e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa na forma plurissubsistente.

119. Competência: é da Justiça Federal, por se tratar de crime conexo ao contrabando ou descaminho, cujo interesse é da União, além de o funcionário encarregado de fiscalizar a fronteira, na maioria dos casos, ser federal.

Prevaricação

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar,¹²⁰⁻¹²¹ indevidamente,¹²² ato de ofício,¹²³ ou praticá-lo contra disposição expressa de lei,¹²⁴ para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:¹²⁵⁻¹²⁸

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

120. Análise do núcleo do tipo: *retardar* significa atrasar ou procrastinar; *deixar de praticar* é desistir da execução; *praticar* é executar ou realizar. Há, pois, três condutas puníveis no crime de prevaricação. É o que se chama de *autocorrupção própria*, já que o funcionário se deixa levar por vantagem indevida, violando deveres funcionais (cf. Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 134).

121. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a entidade de direito público ou a pessoa prejudicada.

122. Elemento normativo do tipo: *indevidamente* significa não permitido por lei, infringindo dever funcional. Assim, as duas primeiras condutas (retardar ou deixar de praticar) devem ser abrangidas por tal elemento. Exemplo da primeira conduta seria o funcionário que, por não se dar bem com o requerente de uma certidão, cuja expedição ficou ao seu encargo, deixa de expedi-la no prazo regular. Exemplo da segunda seria a conduta do delegado

que, devendo instaurar inquérito policial, ao tomar conhecimento da prática de um crime de ação pública incondicionada, não o faz porque não quer trabalhar demais.

123. Ato de ofício: é o ato que o funcionário público *deve* praticar, segundo seus deveres funcionais. Exige, pois, estar o agente no exercício da função.

124. Elemento normativo do tipo: *contra disposição expressa de lei* é também algo ilícito e contrário aos deveres funcionais. É o caso do delegado que, ao término de um inquérito policial, promove o seu arquivamento, sem enviá-lo, como determina a lei, ao Ministério Público e ao Juiz de Direito, tendo por fim beneficiar o indiciado.

125. Interesse ou sentimento pessoal: *interesse pessoal* é qualquer proveito, ganho ou vantagem auferido pelo agente, não necessariamente de natureza econômica. Aliás, sobre o assunto, dizem Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior que o interesse não deve ser de ordem econômica, pois isso iria configurar a corrupção passiva (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 138). *Sentimento pessoal* é a disposição afetiva do agente em relação a algum bem ou valor. O funcionário que, pretendendo fazer um favor a alguém, retarda ato de ofício, age com “interesse pessoal”; se fizer o mesmo para se vingar de um inimigo, age com “sentimento pessoal”. A atuação do agente para satisfazer “interesse pessoal” consistente em livrar-se de processo administrativo ou judicial é considerada parte de seu direito à autodefesa, não se configurando o delito.

126. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico consistente na vontade de “satisfazer interesse” ou “sentimento pessoal”. Não existe a forma culposa.

127. Objetos material e jurídico: o objeto material é o ato de ofício. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses material e moral).

128. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva satisfação do interesse ou do sentimento, prejudicando a Administração); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (quando implica em ação) ou omissivo (quando resulta em abstenção). A conduta “retardar” pode ser praticada por ação (esconder os autos de um processo para a certidão não sair a tempo) ou por omissão (simplesmente não expedir a certidão no prazo); a conduta “deixar de praticar” é uma abstenção; a conduta “praticar” implica em ação. E, excepcionalmente, pode dar-se na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP). É crime instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente, que só pode ser a comissiva.

Art. 319-A. Deixar^{128-A-128-C} o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso^{128-D} a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.^{128-E-128-F}

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.^{128-G}

128-A. Análise do núcleo do tipo: *deixar* (não considerar, omitir, desviar-se de algo) é o verbo central que se associa a *cumprir seu dever de vedar* (proibir algo por obrigação legal). O objeto da omissão indevida é o acesso (alcance de alguma coisa) a aparelho telefônico (de qualquer espécie—fixo ou móvel), de rádio (aparelho que recebe e emite sinais radiofônicos, por meio do qual se ouve algo, mas também se podem transmitir mensagens) ou similar (qualquer outro aparelho que a moderna tecnologia capacite à comunicação entre pessoas, como, por exemplo, o computador, apto, atualmente, a promover conversação, seja por meio do teclado, seja em viva-voz). A destinação dos mencionados aparelhos é a possibilidade de comunicação entre presos (do mesmo estabelecimento penal, em alas diferentes, ou em presídios diversos), bem como entre o preso e qualquer pessoa situada *fora* do ambiente carcerário, considerado pelo tipo penal como o *ambiente externo*. Cuida-se de norma advinda do conhecido problema de troca de mensagens freqüentes entre presos de diferentes lugares, bem como entre detentos e pessoas livres, gerando o aprimoramento do *crime organizado* e aperfeiçoando as formas de liderança das *organizações criminosas*. A Lei de Execução Penal, por datar de 1984, previu apenas, como direito do preso, o “contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes” (art. 41, XV, Lei 7.210/84). Naquela ocasião, quando não existia o aparelho de telefonia móvel (celular), ao menos no Brasil, para a utilização da população em geral, a forma de comunicação do preso com o ambiente externo se dava, fundamentalmente, por intermédio de cartas. Não se falava, ainda, em computadores pessoais, aptos a, igualmente, promover o contato entre pessoas

situadas em lugares distantes uma da outra, nem tampouco em outros tipos de aparelhos de moderna tecnologia, habilitados à mesma função. Os telefones fixos existentes nos presídios eram de fácil controle por parte da direção e, para acessá-lo, somente se houvesse autorização ou à força, em caso de rebelião, por exemplo. As cartas sempre foram supervisionadas, justamente para controlar a segurança do estabelecimento penal. No mais, com o advento, em especial, do telefone celular – diga-se, a bem da verdade, cada vez menores e mais baratos – muitos presos passaram a gozar de um privilégio incomum: continuar a vida criminosa profissional de dentro dos estabelecimentos penais. Embora com a liberdade cerceada, justamente em decorrência da prática de uma infração penal (ou várias), permanecia atuante, quando não liderando comparsas, que agiam como seus braços e pernas em sociedade. Ora, se um condenado ao regime fechado não pode permanecer em comunidade, seria, de fato, atingir o ápice da falta de organização, controle e disciplina de um presídio, permitir que ele conversasse, livremente, com outras pessoas, como se estivesse em sua residência particular – e não em um estabelecimento estatal, cumprindo pena. Por isso, o Estado passou a atuar nesse campo, buscando, sempre atrasado, infelizmente, evitar a utilização do aparelho celular e outros similares por parte do preso. Presídios novos foram erguidos, em tese, equipados com mecanismos impeditivos de utilização desses tipos de aparelhos de telefonia móvel; leis mais rígidas foram estabelecidas, criando regimes novos, como o *regime disciplinar diferenciado* (RDD), de forma a evitar, a qualquer custo, a comunicação entre o preso e o ambiente externo. Sem esta providência, torna-se praticamente inútil a prisão de alguém, particularmente considerado perigoso. Lembremos que, no mundo atual, negócios de altíssimo

valor, contatos políticos, contratos e tantas outras relevantes atitudes são tomadas por telefone ou outro meio de comunicação, leia-se, pois, sem qualquer contato pessoal entre os participantes da avença. Compras e vendas são feitas pela internet, sem que o consumidor tenha que ir ao estabelecimento comercial. Até mesmo as banais compras de supermercado podem ser feitas pelo computador e entregues em domicílio. O criminoso age do mesmo modo, valendo-se da tecnologia para os seus fins ilícitos. Do exposto, ainda que lentamente, o Estado tenta coibir essa rica fonte de contato entre presos e entre estes e o mundo externo ao presídio com investimentos e com a edição de novas leis. Incluiu-se como falta grave, capaz de gerar prejuízos concretos ao preso (ex.: impossibilidade de progressão de regime), a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, em estabelecimento penais (art. 50, VII, Lei 7.210/84, alterada pela Lei 11.466/2007). Em decorrência disso, criou-se um tipo penal específico, visando à punição do funcionário público, especialmente aquele que atua em contato direto com o preso, quando permitir, de algum modo, que esses aparelhos cheguem ao alcance do preso ou não se impeça a sua utilização. Nasceu o art. 319-A (Lei 11.466, de 28 de março de 2007). Não lhe forneceu o legislador um título, de modo que pode ser considerada uma outra forma de *prevaricação*. Sabemos que leis novas não constituem a única forma de garantir a cessação de condutas consideradas indevidas, mas podem servir de fator de desestímulo a muitos servidores que, sob vários pretextos, passaram, nos últimos tempos, a colaborar com a introdução de celulares e outros aparelhos em presídios, valendo-se da lacuna existente no campo penal para criminalizar a conduta. Entretanto, a aplicação efetiva do art. 319-A dependerá da eficiência do Esta-

do em controlar seus próprios agentes, o que nem sempre ocorre, motivo pelo qual campeia a corrupção em vários setores dos organismos estatais. A mera criação de novo tipo penal incriminador gera a expectativa de que, a partir de agora, a sociedade conta com mais um instrumento para coibir o nefasto uso do aparelho telefônico por presos. Frustrada tal expectativa, será apenas – e lamentavelmente – mais um fator a cultivar a imensa plantação de frutos da impunidade reinante no Brasil.

128-B. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público (ver o conceito no art. 327 do Código Penal), embora o tipo faça questão de mencionar, o que era desnecessário, o *diretor de penitenciária e/ou agente público*. Aliás, ao fazer referência a *agente público* está-se demonstrando ser o funcionário público, tal como previsto pelo próprio contexto onde foi inserido o art. 319-A. Não se imagine que a inclusão de *diretor de penitenciária* afastaria o diretor ou dirigente de *cadeia pública*. Nem tampouco o delegado de polícia, que possua, em seu distrito, uma ou mais celas. Qualquer funcionário público, que tenha algum contato com o preso, permitindo a este o acesso ao aparelho mencionado no tipo, deve responder pela infração penal. Exemplo: caracteriza-se a infração penal se o policial que fizer a escolta do preso ao fórum permitir a alguém a transferência ao detido de um celular. Não se compreende esse *novo estilo* legislativo de incluir um funcionário público em especial (diretor de penitenciária), como se fosse um crime somente a ele voltado, bem como se adicionando as conjunções “e/ou”, configurando lamentável forma de redação. Obviamente que o diretor do presídio pode responder, em concurso de pessoas, com o agente penitenciário se ambos permitirem o acesso do preso ao celular. E pode

responder somente o diretor ou somente o agente penitenciário, a depender das provas que apontem a responsabilidade e o dolo de cada um deles. Por que, então, o uso do “e/ou”, inaugurando uma nova fase de linguagem jurídico-penal? Vamos atribuir à pressa em solucionar o problema de uso de celular por presos nos estabelecimentos penais brasileiros. O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, a sociedade, que poderia ser prejudicada pelo uso do aparelho, propiciando o cometimento de novas infrações penais.

128-C. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Eis um crime que mereceria a tipicidade no formato culposo. Muitos funcionários públicos, em atitude claramente negligente, permitem o acesso de presos aos aparelhos telefônicos ou de comunicação em geral.

128-D. Acesso ao aparelho: não se deve interpretar, restritivamente, tal situação. Ao contrário, merece ser dada à expressão o seu real alcance. Portanto, se o funcionário público deixar de retirar o celular das mãos de um preso, esteja o aparelho em uso ou não, constitui o crime previsto no art. 319-A. Do mesmo modo, se ele mesmo, servidor público, fizer chegar às mãos do preso o referido aparelho. Embora o tipo penal seja omissivo (deixar de cumprir seu dever de vedar o acesso), a partir do momento em que se fornece o aparelho (atitude comissiva), está-se, logicamente, deixando de vedar o acesso ao mesmo. Em suma, o agente público deve fiscalizar, revistar, buscar e impedir que presos tenham ou usem qualquer meio de comunicação telefônico, de rádio ou similar. A famosa *vista grossa*, que significa *fingir não ver* o aparelho ou sua utilização, é suficiente para, quando houver dolo, gerar o crime previsto no novo tipo penal.

128-E. Objetos material e jurídico: o objeto material é o aparelho telefônico, de rádio ou similar. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses material e moral), com particular ênfase à segurança.

128-F. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração Pública ou qualquer outra pessoa); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (“deixar de cumprir” implica em inação), na essência, e por opção legislativa na redação do tipo penal; instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de perigo abstrato (existe a probabilidade, presumida em lei, de haver prejuízo a alguém); unissubjetivo (pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (como regra, basta um ato para a concretização do tipo); não admite tentativa por se tratar de crime omissivo.

128-G. Benefícios penais: é infração de menor potencial ofensivo, admitindo transação e os demais benefícios da Lei 9.099/95. Em caso de condenação, possibilita vários benefícios: substituição da pena privativa de liberdade por multa ou pena restritiva de direitos, além da aplicação da suspensão condicional da pena, conforme a situação concreta.

Condescendência criminosa

Art. 320. Deixar o funcionário,¹²⁹⁻¹³⁰ por indulgência,¹³¹ de responsabilizar subordinado¹³² que cometeu infração no exercício do cargo¹³³ ou, quando lhe falte competência,¹³⁴ não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:¹³⁵⁻¹³⁶

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

129. Análise do núcleo do tipo: *deixar de responsabilizar* significa não imputar responsabilidade a quem cometeu uma infração, para que possa sofrer as sanções cabíveis; *não levar ao conhecimento* é ocultar ou esconder algo de alguém. A condescendência criminosa, na lição de Fernando Henrique Mendes de Almeida, tem alguns pontos a destacar: a) refere-se a uma forma de conivência, que se traduz em omissão e supõe infração a ela conectada; b) emerge de considerações relativas ao direito disciplinar administrativo; c) o conivente pode ser co-autor do delito ocultado (*Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 101).

130. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado.

131. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico consistente na vontade de ser indulgente (tolerante ou benevolente). Não existe a forma culposa.

132. Subordinado: é a pessoa que, numa estrutura hierárquica, deve cumprir ordens de outra pessoa, considerada o superior.

133. Cometimento de infração no exercício do cargo: para a configuração deste crime, não se exige que o subordinado seja sancionado pela infração cometida, nem tampouco que o superior seja obrigado a puni-lo. Quer-se levar em conta o dever funcional do superior de *apurar* a responsabilidade do subordinado pela infração, em tese, que praticou, no exercício do seu cargo.

134. Falta de competência para apurar a infração: em que pese o tipo fazer referência à “falta de competência” do funcionário para punir outro que cometeu infração, é preciso destacar que o objetivo não é instituir a delação obrigatória no seio da Administração Pública. Em verdade, quando o funcionário tiver por atribuição a punição de subalternos pela prática de infrações funcionais, cabe-lhe, não sendo o competente para punir, acionar outro, que tenha tal atribuição. No mínimo, exige-se que seja superior hierárquico da pessoa que cometeu a infração. Em suma, somente é agente deste crime aquele funcionário que tem competência para punir outro ou, pelo menos, que seja superior hierárquico, com o dever de comunicar a falta a quem de direito. Nesse prisma: Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 147.

135. Objetos material e jurídico: o objeto material é a infração não punida ou não comunicada. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos aspectos material e moral.

136. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva impunidade do infrator); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (os verbos implicam em omissões); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação pode ser composta por um único ato); não admite tentativa.

Advocacia administrativa

Art. 321. Patrocinar,¹³⁷⁻¹³⁹ direta ou indiretamente,¹⁴⁰ interesse privado¹⁴¹ perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário:¹⁴²⁻¹⁴⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:¹⁴⁵

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

137. Análise do núcleo do tipo: *patrocinar* significa proteger, beneficiar ou defender. O objeto da benesse é o interesse privado em confronto com o interesse da Administração Pública. O termo utilizado na rubrica (“advocacia”) pode dar a entender tratar-se de um tipo penal voltado somente a advogados, o que não corresponde à realidade, pois está no sentido de “promoção de defesa” ou “patrocínio”. Acrescente-se, ainda, que o patrocínio não exige, em contrapartida, a obtenção de qualquer ganho ou vantagem econômica. Pode significar para o agente um simples favor, o que, por si só, é fato típico. “Esta expressão [advocacia administrativa], ao que tudo indica, se formou na língua portuguesa falada no Brasil, sendo provável que se trata de um brasileirismo. É certo que, desde 1905, pelo menos, julgados já a utilizam para significar o patrocínio indébito de interesse privado realizado por funcionário público perante repartições públicas (cf. ‘Revista de Direito’, vol. 17, pág. 348). A expressão ‘advocacia administrativa’, contudo, pode ser usada com o seu sentido honesto, isto é, o de exercício normal de patrocínio de causas em assuntos administrativos na pressuposição do estabelecido nas disposições que regulam a profissão de advogado. (...) Pelo direito romano, a advocacia administrativa já era contemplada. Como não havia, ainda,

uma noção tão ampla do delito, figurava ela, a par da concussão e da corrupção, por igual confundidas, sob a generalidade dos chamados *crimina repetundarum*. Naquela legislação, pois, já se proibia terminantemente que funcionários por si ou interpostas pessoas emprestassem dinheiro ou outros bens adquiridos em heranças confiadas ao Fisco”. (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 109-112).

138. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; eventualmente, em caráter secundário, a entidade de direito público ou a pessoa prejudicada.

139. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

140. Modos de atuação: ver nota 68 ao art. 316.

141. Interesse privado: é qualquer vantagem, ganho ou meta a ser atingida pelo particular. Esse interesse deve confrontar-se com o interesse público, isto é, aquele que é inerente à Administração Pública. Não significa, porém, que o interesse privado – para a caracterização do crime – há de ser ilícito ou injusto. O interesse da Administração é justamente poder decidir sem a interferência exterior de qualquer pessoa, mormente o particular. Quando alguém, pertencendo aos seus quadros, promove a defesa de interesse privado, está se imiscuindo, automaticamente, nos assuntos de interesse público, o que é vedado. Se o interesse for ilícito, a advocacia administrativa é própria; caso seja lícito, considera-se cometida na forma imprópria (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 113).

142. Valer-se da qualidade de funcionário: a conduta tipificada volta-se justamente para a pessoa que, sendo funcionária pública, com seu prestígio junto aos colegas ou sua facilidade de acesso às informações ou à troca de favores, termina investindo contra o interesse maior da Administração de ser imparcial e isenta nas suas decisões e na sua atuação.

143. Objetos material e jurídico: o objeto material é o interesse privado. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus aspectos material e moral.

144. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo benefício auferido pelo particular); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

145. Figura qualificada: a pena em abstrato é aumentada (mínimo e máximo), configurando uma qualificadora, quando o interesse privado patrocinado pelo funcionário público é ilegítimo (ilícito). Nota-se, portanto, que não existe necessidade, para configurar a advocacia administrativa, que o interesse seja, primariamente, ilícito. Somente na figura qualificada é que se exige tal qualificação. No mais, para aperfeiçoar

o *caput*, basta a defesa de *qualquer* interesse privado.

Violência arbitrária¹⁴⁶

Art. 322. Praticar¹⁴⁷⁻¹⁴⁹ violência,¹⁵⁰ no exercício de função ou a pretexto de exercê-la:¹⁵¹⁻¹⁵³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.¹⁵⁴

146. Revogação do art. 322 pela Lei de Abuso de Autoridade: cremos estar revogado este tipo penal pela vigência da Lei 4.898/65, que disciplinou, integralmente, os crimes de abuso de autoridade. Assim, a violência praticada no exercício da função ou a pretexto de exercê-la deve encaixar-se em uma das figuras previstas na referida lei, não havendo mais necessidade de se utilizar o art. 322. Tendo em vista que há voz em contrário, sustentando a manutenção do delito de violência arbitrária, faremos as notas pertinentes ao tipo penal.

147. Análise do núcleo do tipo: *praticar* é executar ou realizar.

148. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada.

149. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Creamos presente, como nos crimes de abuso de autoridade, o elemento subjetivo específico, que é a vontade de abusar da sua autoridade. Não existe a forma culposa.

150. Conceito de violência: é a coerção física cometida contra pessoa. Não se inclui no tipo, expressamente, se a violência contra coisa poderia configurar o delito do art. 322, sendo mais razoável supor, conferindo-se interpretação restritiva à figura

típica, somente ser plausível a coerção contra ser humano. Tal postura fica confirmada pela previsão do preceito secundário do tipo, que demonstra ser punível, também, a prática da violência. Ora, só pode ser a coerção física contra a pessoa humana, tendo em vista que a violência contra a coisa, porque normalmente crime de ação privada (ver art. 167, CP), não conta com tal proteção indisponível do Estado.

151. Modos de atuação: pode o agente atuar violentamente quando estiver *efetivamente* no desempenho da sua função ou pode simplesmente *argumentar* que se encontra desempenhando seu mister, quando na realidade não está. No título do crime, inseriu-se, com razão, o termo *arbitrária*, tendo em vista que os funcionários do Estado podem ser levados à utilização da violência em várias oportunidades – é o que ocorre, como regra, quando se efetua uma prisão –, estando, no entanto, no estrito cumprimento de um dever. Assim, somente o que for excessivo ou abusivo pode ser considerado ilícito ou arbitrário.

152. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a violência. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos aspectos material e moral.

153. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (crime que exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo emprego de violência); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se

prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

154. Concurso de crimes: juntamente com a prática do art. 322, pune-se o delito violento contra a pessoa (lesões corporais, vias de fato, tentativa de homicídio, entre outros).

Abandono de função

Art. 323. Abandonar¹⁵⁵⁻¹⁵⁷ cargo público,¹⁵⁸ fora dos casos permitidos em lei.¹⁵⁹⁻¹⁶¹

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1.º Se do fato resulta prejuízo público:¹⁶²

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2.º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:¹⁶³⁻¹⁶⁴

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

155. Análise do núcleo do tipo: *abandonar* significa largar ou deixar ao desamparo. Objetiva-se proteger o regular funcionamento dos serviços públicos. Não se deve confundir o abandono previsto neste tipo penal, que pode configurar-se em curto espaço de tempo, com o *abandono de cargo*, estabelecido em lei específica que rege a carreira do funcionário público, normalmente demandando um prazo fixo e relativamente extenso. Torna-se evidente que um funcionário público, fiscalizando um posto de fronteira, não precisa largar o cargo por 30 dias consecutivos para concretizar o delito. Basta que fique fora por tempo suficiente para determinar o seu descaso e o seu ânimo de se afastar da função.

156. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o funcionário público. O sujeito passivo é o Estado.

157. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

158. Cargo público: é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 420). O cargo possui função, mas esta nem sempre possui o cargo correspondente. Por isso, está incorreta a rubrica do crime – abandono de *função* –, sendo melhor dizer que se trata de abandono de *cargo público*. O funcionário público, ao ocupar determinado cargo, deve prestar serviços essenciais à população, de forma que, largando-o sem orientador, sem alertar o superior hierárquico, enfim, sem dar satisfação do seu ato para que uma substituição seja providenciada, comete o delito previsto neste tipo penal.

159. Elemento normativo do tipo: ao mencionar que o abandono deve ocorrer “fora dos casos permitidos em lei”, está o tipo penal prevendo a possibilidade de o funcionário deixar o cargo *licitamente*. Tal ocorre quando ingressar em licença de saúde ou em férias regulamentares, por exemplo.

160. Objetos material e jurídico: o objeto material é o cargo público. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral.

161. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial), aliás, é delito de mão própria, que somente o funcionário, pessoalmente, pode praticar; formal (crime que não exige, para

sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a Administração, decorrente do abandono); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (o verbo implica em omissão, ou seja, largar, deixar de atuar); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação pode ser composta por um único ato); não admite tentativa.

162. Figura qualificada: a pena é aumentada no mínimo e no máximo, configurando-se uma qualificadora, quando do abandono advier prejuízo público, ou seja, qualquer transtorno ou dano aos serviços públicos. Trata-se, naturalmente, de uma perturbação efetiva, pois o mero abandono já é uma presunção de dano para a Administração Pública.

163. Figura qualificada pelo local: mais uma vez aumenta-se a pena, nos seus valores mínimo e máximo, expressando a existência de uma qualificadora, quando o cargo público for objeto de abandono em área de fronteira. O dano para o Estado é significativamente maior se um posto de fiscalização, por exemplo, em zona limítrofe com outro país, for deixado acéfalo pelo funcionário público. Cremos ser aplicável esta qualificadora diretamente sobre a figura do *caput*, e não sobre o § 1.º. Assim, caso o abandono ocorra em zona fronteiriça e, ao mesmo tempo, resultar prejuízo para o serviço público, deve o juiz aplicar a pena prevista no § 2.º, levando em conta a existência da outra qualificadora (prejuízo) como circunstância judicial (art. 59) para elevar a pena-base.

164. Faixa de fronteira: preceitua o art. 20, § 2.º, da Constituição Federal: “A

faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei”. Dispõe o art. 1.º da Lei 6.634/79: “É considerada área indispensável à segurança nacional a faixa interna de 150 km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como faixa de fronteira”.

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado

Art. 324. Entrar¹⁶⁵⁻¹⁶⁷ no exercício de função pública¹⁶⁸ antes de satisfeitas as exigências legais,¹⁶⁹ ou continuar a exercê-la, sem autorização,¹⁷⁰ depois de saber¹⁷¹ oficialmente que foi exonerado,¹⁷²⁻¹⁷³ removido,¹⁷⁴ substituído¹⁷⁵⁻¹⁷⁶ ou suspenso;¹⁷⁷⁻¹⁷⁹

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

165. Análise do núcleo do tipo: *entrar no exercício* significa iniciar o desempenho de determinada atividade; *continuar a exercê-la* quer dizer prosseguir no desempenho de determinada atividade. O objeto é a função pública. A conduta de *exercer*, quando isolada, é considerada habitual, embora, no caso presente, não se possa dizer tratar-se de delito habitual. Começar o *exercício* tem o significado de dar início a uma prática que será, pela própria natureza da função pública, habitual. Como se fala em *entrar*, e não em *exercer*, há instantaneidade na conduta. O mesmo se diga da forma *continuar a exercê-la*, quando se pressupõe já existir a habitualidade, representativa do *exercício*, que apenas é reiniciada. “Na verdade, algumas das figuras referidas no art. 324 são variantes das referidas no art. 328. Com efeito, se alguém não é funcio-

nário, porque não adquiriu tal qualidade pela investidura, ou, porque prolongou por sua conta e risco um exercício de que foi demitido, exonerado, substituído etc., evidentemente é usurpador. (...) Há, porém, um grave inconveniente nisto: é que se, em razão dessa prorrogação ou dessa antecipação, o delinqüente houver cometido outro delito, será qualificado este como de usurpador, o que prova a inadequação do art. 324, entre os delitos cometidos por funcionário público” (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 132-133).

166. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o funcionário público nomeado, porém sem ter tomado posse. Na segunda hipótese, há de estar afastado ou exonerado. O sujeito passivo é o Estado.

167. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Na segunda figura, em face da expressão “depois desaber”, entendemos haver apenas dolo direto. Não teria sentido o funcionário *saber* que está fora da função e continuar a exercê-la atuando com dolo eventual. Inexiste a forma culposa.

168. Função pública: é o conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, que não correspondem a um cargo ou emprego (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 421). Portanto, pode exercer função pública mesmo aquele que não tem cargo (posto criado por lei, cujo ingresso se dá por concurso) ou emprego (vínculo contratual, sob regência da CLT). Logicamente, para o efeito deste tipo penal, a função é genérica e abrange o cargo e o emprego.

169. Norma penal em branco: as exigências legais para o funcionário público entrar no exercício do seu cargo são pre-

vistas em legislação específica, que merece ser consultada para poder complementar o tipo em questão. Como exemplo, pode-se citar o funcionário público que, antes da posse – ato formal que o investe no cargo –, começa a desempenhar suas atribuições.

170. Elemento normativo do tipo: a expressão “sem autorização” indica a ilicitude da conduta, ao passo que a continuidade do exercício, devidamente permitida pela Administração Pública, não configura o tipo penal.

171. Comunicação oficial: é exigida, e a prova de que o funcionário a recebeu incumbe à acusação: “O funcionário deverá ser oficialmente comunicado da sua exoneração, remoção, substituição ou suspensão. Não basta a publicação no *DO*, a menos que reste comprovado que o funcionário teve conhecimento dela” (Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 170).

172. Exoneração: é o ato que desveste o funcionário do cargo. Pode acontecer a pedido ou de ofício. Neste último caso, quando se tratar de cargo em comissão ou, em caso do término do estágio probatório, não houver confirmação na carreira. Ocorre, ainda, quando o funcionário nomeado não toma posse no prazo legal. Quando for a pedido chama-se ato negocial, porque os efeitos são desejados por ambas as partes – funcionário e Administração (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 207). Apesar de não constar expressamente, deve-se fazer uma interpretação extensiva do termo *exonerar*, para que abranja também a demissão, ou seja, quando a Administração, impondo uma sanção, desveste o funcionário público de seu cargo ou função. Não teria sentido o funcionário demitido continuar a exercer o cargo, sem incidir em qualquer figura penal.

Ademais, a exoneração, por ser desejada pelo servidor, não o fará continuar no exercício da função, enquanto a demissão pode levá-lo a perpetuar-se na sua atividade. Inclua-se, ainda, a destituição, que é a pena aplicada ao funcionário em cargo em comissão ou em função comissionada (art. 127, V, Lei 8.112/90). No prisma que defendemos: Casolato, *Os crimes contra a Administração Pública*, p. 113.

173. Aposentado compulsoriamente: deve imediatamente afastar-se do cargo o funcionário que completa 70 anos, ainda que não tenha sido formalizada a sua aposentadoria. Não o fazendo, pode incidir nas penas deste artigo. Equipara-se, para os fins penais, ao exonerado que foi destituído do cargo. Vemos, nesse caso, uma interpretação extensiva, uma vez que os termos utilizados no tipo penal não precisam guardar exata sintonia com o direito administrativo. É justamente o que ocorre com a inclusão da demissão – que é pena – dentro do contexto da exoneração. Não há analogia *in malam partem*. Há posição em sentido contrário, negando a possibilidade de haver a inserção da aposentadoria, das férias e da licença (por todos, Casolato, *Os crimes contra a Administração Pública*, p. 114).

174. Remoção: é a mudança do funcionário de um posto para outro, embora mantendo o mesmo cargo. Não pode, naturalmente, continuar a exercer a sua função no posto anterior.

175. Substituição: é a colocação de um funcionário em lugar de outro. Altera-se a atividade, embora se mantenham o cargo e o local de trabalho.

176. Funcionário em férias ou licença: cremos equiparar-se ao substituído, pois é justamente o que acontece quando um funcionário entra em gozo de férias ou de

licença. Um juiz, por exemplo, que está em férias é substituído por outro, a fim de que o serviço público não padeça de solução de continuidade.

177. Suspensão: é a sanção disciplinar que retira o funcionário, temporariamente, do seu cargo ou de sua função.

178. Objetos material e jurídico: o objeto material é a função pública. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral.

179. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial), aliás, é delito de mão própria, que somente o funcionário, pessoalmente, pode cometer; formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a Administração com o exercício indevido); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Violação de sigilo funcional

Art. 325. Revelar¹⁸⁰⁻¹⁸² fato de que tem ciência¹⁸³ em razão do cargo¹⁸⁴ e que deva permanecer em segredo,¹⁸⁵ ou facilitar-lhe a revelação:¹⁸⁶⁻¹⁸⁷

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹

§ 1.º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite¹⁹⁰⁻¹⁹² ou facilita, mediante¹⁹³ atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas¹⁹⁴ a sistemas de informações¹⁹⁵ ou banco de dados¹⁹⁶ da Administração Pública;¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

II – se utiliza,¹⁹⁹⁻²⁰¹ indevidamente,²⁰² do acesso restrito.²⁰³⁻²⁰⁶

§ 2.º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) e 6 (seis) anos, e multa.

180. Análise do núcleo do tipo: *revelar* significa fazer conhecer ou divulgar; *facilitar* a revelação quer dizer tornar sem custo ou esforço a descoberta. O objeto é o fato que deva permanecer em segredo. É um delito variante daquele de que se ocupa o art. 154, genericamente dirigido à tutela penal da observância do princípio da inviolabilidade dos segredos (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 138).

181. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público, abrangendo o aposentado ou em disponibilidade. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada com a revelação.

182. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

183. Fato de que tem ciência: é o *fato* (qualquer acontecimento) que chega ao conhecimento do funcionário justamente por conta do cargo que exerce.

184. Em razão do cargo: significa que a informação somente chegou ao seu conhecimento porque exerce uma função pública. Não fosse funcionário público e desconheceria o ocorrido. Entretanto, se

tomou ciência do fato por intermédio de outra fonte que não o seu cargo, não comete o delito previsto neste tipo penal.

185. Segredo: é o que deve ser mantido em sigilo, sem qualquer divulgação. Se o funcionário conta o fato sigiloso a quem dele já possui conhecimento, não se consuma a infração penal. Por outro lado, quando, em nome do interesse público, houve necessidade da revelação do fato – para apuração de um crime mais grave que está sendo encoberto, por exemplo –, cremos não se configurar o crime. Ensina Noronha: “No tocante ao delito em tela, se é o interesse público que impede guarde silêncio o funcionário, tal obrigatoriedade cessa quando outro *interesse público* maior se levanta” (*Direito penal*, v. 4, p. 287).

186. Objetos material e jurídico: o objeto material é a informação sigilosa. O objeto jurídico é a Administração Pública (interesses material e moral).

187. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em prejuízo para a Administração ou para outra pessoa com a revelação); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (um único ato perfaz o tipo penal) ou plurissubsistente (via de regra, vários atos integram a conduta), conforme o caso; admite tentativa na forma plurissubsistente.

188. Delito subsidiário: cede espaço à aplicação de norma penal mais severa quando esta se configurar.

189. Confronto com outros tipos especiais: este crime não se aplica quando houver delito previsto em legislação específica. É o caso, por exemplo, da violação de sigilo de proposta em processo de licitação (Lei 8.666/93, art. 94: “Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa”).

190. Análise do núcleo do tipo: *permitir* significa consentir ou dar liberdade para fazer alguma coisa; *facilitar* quer dizer tornar mais fácil ou eliminar obstáculos. O objeto é o acesso a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública.

191. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é somente o funcionário público, ainda que esteja aposentado ou em disponibilidade. O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, pode ser considerada a pessoa prejudicada pelo acesso à informação.

192. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

193. Modos de atuação: pode o agente praticar a conduta típica através dos seguintes mecanismos: a) *atribuir (conceder ou conferir) senha (fórmula convencionada por alguém, para impedir que terceiros tenham acesso a segredos guardados)*: Trata-se de conduta comum na Administração, quando se quer permitir que alguns funcionários, especialmente autorizados, ingressem em arquivos ou conheçam dados ou documentos confidenciais. Assim, por convenção, a determinado funcionário confere-se um

código, que o identifica, permitindo-lhe entrar em salas ou sistemas informatizados. Tal conduta pode ocorrer, ainda, atribuindo-se *outra forma* de acesso, como falso crachá de identificação; b) *fornecer (entregar, confiar a alguém) senha*: A conduta difere da anterior, pois neste caso o funcionário não confere um código a terceiro, para que este tome conhecimento de dados sigilosos, mas confia senha sua ou de outra pessoa para que o ingresso seja feito. A conduta também pode ser cometida através da entrega de *outra forma* de passagem, como uma chave; c) *emprestar (confiar a alguém determinada coisa para ser devolvida) instrumento de acesso*: Tal conduta não se adapta, perfeitamente, à senha, pois, quanto a esta, fornecendo-se o seu código, nada mais resta a fazer. Não se empresta senha, mas fornecem-se os seus caracteres. Portanto, a senha não é devolvida. Se o funcionário que a forneceu desejar tê-la de volta com a característica original de bloqueio de acesso a pessoas não autorizadas, necessita alterá-la. Trata-se de forma vinculada.

194. Pessoas não autorizadas: são aquelas que não detêm da Administração Pública ou da própria lei liberdade para ingressar e tomar conhecimento de sistemas de informações ou banco de dados públicos. É elemento normativo do tipo, que depende de valoração.

195. Sistema de informações: é o conjunto de elementos materiais agrupados e estruturados visando ao fornecimento de dados ou instruções sobre algo. Embora se possa ter a impressão de se tratar de meio informatizado, cremos que pode ter maior abrangência, isto é, pode ser organizado por computadores ou não.

196. Banco de dados: é a compilação organizada e inter-relacionada de informes, guardados em um meio físico, com o ob-

jetivo de servir de fonte de consulta para finalidades variadas, evitando-se a perda de informações. Pode ser organizado também de maneira informatizada.

197. Objetos material e jurídico: o objeto material é o sistema de informações ou banco de dados. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus aspectos material e moral.

198. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos, quando conjugados, implicam em ações. Ex.: permitir o acesso, atribuindo senha), mas pode configurar-se na modalidade omissiva (ex.: facilitar o acesso, largando a senha visível em cima da mesa) e, excepcionalmente, na modalidade omissiva imprópria ou comissiva por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) ou permanente (delito cuja consumação se arrasta no tempo), conforme o caso. Se o funcionário atribui uma senha de computador a alguém não autorizado, permitindo-lhe o acesso contínuo a dados da Administração Pública, o delito ganha contorno permanente. Entretanto, se o funcionário empresta sua chave para que a pessoa ingresse na sala do arquivo, para checar informações não autorizadas, o crime é instantâneo. É unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso

concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

199. Análise do núcleo do tipo: *utilizar-se* significa valer-se de algo ou usar. O objeto é o acesso restrito a sistema de informações ou banco de dados. Observe-se que *utilizar* não é simplesmente tomar conhecimento, de forma que o funcionário público, não autorizado, necessita valer-se dos dados para qualquer finalidade não permitida. O tipo previsto no inciso anterior destina-se ao funcionário público que libera a entrada no sistema restrito a qualquer pessoa não autorizada, enquanto este se volta ao funcionário público, sem autorização, que faz uso do sistema. O particular que ingressa no sistema de acesso restrito somente pratica crime se divulgar os dados conhecidos. O interesse maior é punir o funcionário que permite o acesso, e não aquele que toma conhecimento do seu conteúdo.

200. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo deve ser funcionário público. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada pelo conhecimento da informação sigilosa.

201. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

202. Elemento normativo do tipo: trata-se de elemento da ilicitude trazido para dentro do tipo. Logo, quando houver autorização para o acesso, a conduta é atípica.

203. Acesso restrito: é o ingresso limitado a determinadas pessoas no sistema de informações ou banco de dados da Administração Pública.

204. Objetos material e jurídico: ver nota 197 ao inciso anterior.

205. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

206. Crime qualificado pelo resultado: havendo dano à Administração Pública, qualifica-se o crime, aumentando-se a faixa abstrata de fixação da pena (mínimo e máximo).

Violação do sigilo de proposta de concorrência²⁰⁷

Art. 326. Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

207. Revogação: foi revogado pelo art. 94 da Lei 8.666/93 (Lei da Licitação). Vide nota 189 ao art. 325.

Funcionário público

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais,²⁰⁸ quem, embora

transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.²⁰⁹⁻²¹¹

§ 1.º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal,²¹²⁻²¹³ e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.²¹⁴

§ 2.º A pena será aumentada da terça parte²¹⁵ quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

208. Efeitos penais: o conceito de funcionário público não é o mesmo que o previsto no direito administrativo. No caso penal, por exemplo, é considerada como tal a pessoa que exerce função pública, ainda que sem remuneração. Aplica-se este artigo a toda a legislação, inclusive especial.

209. Conceitos de cargo, emprego ou função pública: *cargo público* é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, ocupado por servidor com vínculo estatutário (ex.: cargo de delegado de polícia, de oficial de justiça, de auditor da receita etc.); *emprego público* é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios, embora seja ocupado por servidor que possui vínculo contratual, sob a regência da CLT (ex.: escrevente judiciário contratado pelo regime da CLT, antes do advento da Constituição de 1988); *função pública* é a denominação residual, que envolve todo aquele que presta serviços para a Administração, embora não seja ocupante de cargo ou emprego (ex.: servidor contratado temporariamente, sem concurso público;

servidor que exerce função de chefia, embora sem a existência de cargo). Consultar, ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 420-422.

210. Podem ser considerados funcionários públicos: a) vereadores; b) serventuários da justiça; c) funcionários de cartórios; d) peritos judiciais; e) contador da prefeitura; f) prefeito municipal; g) inspetor de quarteirão; h) leiloeiro oficial, quando auxiliar do juízo; i) administrador de hospital que presta atendimento a segurados da Previdência Social; j) funcionários do Banco do Brasil (cf. Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 578); k) zelador de prédio municipal; l) advogado do município; m) estudante atuando como estagiário da Defensoria Pública; n) militar; o) guarda-noturno não particular (cf. Damásio, *Código Penal anotado*, p. 917-918); p) deputados e senadores; q) jurados (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 162-164).

211. Não são considerados funcionários públicos: a) administrador judicial de massa falida; b) defensor dativo; c) administradores e médicos de hospitais privados credenciados pelo Governo (cf. Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 578); d) tutores e curadores; e) inventariantes; f) advogado, mesmo exercendo a função de representante classista ou remunerado por convênio público (cf. Damásio, *Código Penal anotado*, p. 918); g) dirigente sindical: “O art. 552 da CLT, que equipara dirigente sindical a funcionário público a fim de se ver processar e julgar pelo delito de peculato, não subsiste ante a atual Carta Magna, que veda a ingerência do Estado no sindicalismo” (TRF-4.^a Região, Ap. 2000.04.01.127506-6-SC, 7.^a T., rel. Vladimir Freitas, 20.10.2002, v. u.).

212. Entidade paraestatal: também aqui o conceito deve ser extensivamente interpretado. É equiparada a funcionário público a pessoa que exerce cargo, emprego ou função não somente em entidade tipicamente paraestatal, como a autarquia, mas também em sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público. Aliás, é o que se denota pela leitura do § 2.^o. Casolatto fornece lição convincente: “Não se trata, pensamos, de ‘alargar’ a significação de ‘entidade paraestatal’, mas de *dar à expressão o seu efetivo significado*. Um significado que hoje decorre da letra da lei. Isso mesmo: *a lei que vige definiu sim o que se deve entender por elas, entidades paraestatais*. O artigo 84 da Lei 8.666/93, dispositivo de patente similitude com o artigo 327, do Código Penal, estabeleceu, no *caput*, que: ‘Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público’. No § 1.^o do artigo 84, o legislador fez certo que: ‘Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, *assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público*’” (*Os crimes contra a Administração Pública*, p. 138, grifo do autor). Nessa ótica: STF: “O art. 327 do Código Penal equipara a funcionário público servidor de sociedade de economia mista” (HC 79.823-RJ, 1.^a T., rel. Moreira Alves, 28.03.2000, v. u., RTJ 176/1251). Aliás, concluindo, é preciso destacar que o § 2.^o deste artigo menciona ser possível o aumento da pena da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da Administração direta, *sociedade*

de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. Ora, somente teria cabimento falar no aumento de pena para ocupantes de cargos diretivos em sociedades de economia mista se eles forem considerados funcionários públicos. Há opinião em contrário, sustentando interpretação restritiva, ou seja, somente a autarquia seria entidade paraestatal (Damásio, *Código penal anotado*, p. 918).

213. Equiparação restrita ao sujeito ativo: cremos ser exclusivamente o sujeito ativo dos crimes que pode ser equiparado nos termos do § 1.º, não havendo cabimento para estender-se o alcance dessa norma ao sujeito passivo. Trata-se, afinal, de artigo que encerra o capítulo dos delitos cometidos por *funcionário público*. Assim: Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 578); Damásio (*Código Penal anotado*, p. 919). Em contrário, ampliando ao sujeito passivo: STF: “Essa equiparação não tem em vista os efeitos penais somente com relação ao sujeito ativo do crime, mas abarca também o sujeito passivo” (HC 79.823-RJ, 1.ª T., rel. Moreira Alves, 28.03.2000, v. u., RTJ 176/1.251). Em idêntico prisma, equiparando o parlamentar ao funcionário público para fins penais, permitindo então que o Ministério Público ingresse com ação penal em caso de crime contra a honra, encontramos decisão do Supremo Tribunal Federal: “Considerou-se que a expressão ‘funcionário público’, para efeitos penais, nos termos do art. 327 do CP, haveria de ser entendida em seu sentido amplo, abrangendo a figura do agente político que exerce função pública, estando o MP legitimado por força do art. 40, I, b, da Lei 5.250/67” (Inq. 2040-RS, rel. Ellen Gracie, 27.05.2004).

214. Empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração

Pública: toda pessoa que trabalhar para empresa que celebra contrato de prestação de serviços ou celebra convênio com a Administração pode responder pelos delitos previstos neste capítulo. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contrato administrativo é todo ajuste que a “Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” (*Direito administrativo*, p. 232), e convênio é a “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração” (ob. cit., p. 284).

215. Causa de aumento de pena: as pessoas, funcionários públicos próprios ou impróprios, quando exercerem cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento, devem ser mais severamente punidas. Eleva-se a pena em um terço.

Capítulo II

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

Usurpação de função pública

Art. 328. Usurpar¹⁻³ o exercício de função pública:⁴⁻⁶

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se do fato o agente auferir vantagem:⁷

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. Análise do núcleo do tipo: *usurpar* significa alcançar sem direito ou com fraude. O objeto de proteção é a função pública.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público, quando atue completamente fora da sua área de atribuições. O sujeito passivo é o Estado. Ressalte-se que a “inofensividade do fato exclui o crime. Assim, por exemplo, se um funcionário da polícia, em tal qualidade, concede diploma ou condecoração, não pratica nem usurpação, nem prevaricação, porque o fato é inofensivo com relação à Administração Pública” (Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 185).

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Ínsito ao verbo – “usurpar” – já está o desejo de tomar conta do que não é seu de direito, de modo que não há necessidade de se falar em elemento subjetivo específico.

4. Conceito de função pública: como já visto na nota 168 ao art. 324, é o conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, que não correspondem a um cargo ou emprego (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 421). Portanto, pode exercer função pública mesmo aquele que não tem cargo (posto criado por lei, cujo ingresso se dá por concurso) ou emprego (vínculo contratual, sob regência da CLT). Pode ser exercida de modo gratuito ou remunerado, pressupondo-se, ao menos, que ela exista na estrutura da Administração Pública.

5. Objetos material e jurídico: o objeto material é a função pública. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses patrimonial e moral.

6. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (de-

lito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“usurpar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

7. Figura qualificada: caso o agente, usurpando função pública, consiga obter alguma vantagem (ganho ou lucro), a pena será consideravelmente aumentada, de detenção para reclusão e com faixa variando de 2 a 5 anos, com multa. “A lei, é certo, não falou em ‘vantagem indevida’. Aliás, seria desnecessário fazê-lo, pois é óbvio que se alguém se arroga qualidade, ofício, ou estado que não lhe diz respeito, toda e qualquer vantagem direta ou indireta, em gênero, ou em espécie, que venha a tirar do fato, é *indevida*, porque decorre de uma fonte indevida: a fraude ou artifício que levou outro particular a dar-lhe e a origem de tal vantagem num fato que na origem e na sucessão contém vício irremovível” (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 171).

Resistência

Art. 329. Opor-se⁸⁻¹⁰ à execução de ato legal,¹¹ mediante violência ou ameaça¹²⁻¹⁵ a funcionário competente¹⁶ para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:¹⁷⁻¹⁹

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

§ 1.º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:²⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.²¹⁻²²

8. Análise do núcleo do tipo: *opor-se* significa colocar obstáculo ou dar combate. O objeto da conduta é a execução de ato legal.

9. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive o funcionário público. “Se, porém, alguém comete a ação em que importa o fato, sendo embora funcionário, entender-se-á que, no caso, se equipara ao particular, pois não será considerada, logicamente, a sua qualidade eventual de funcionário para eximi-lo da responsabilidade que lhe cabe por um crime que cometeu, não na sua qualidade de funcionário, mas como qualquer particular” (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 176). O sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o funcionário ou outra pessoa que sofreu a violência ou ameaça. Esta outra pessoa, à qual nos referimos, precisa estar acompanhada do funcionário encarregado de realizar a execução do ato legal (ou agir em seu nome). Não se configura o delito de resistência contra o particular que resolve prender alguém em flagrante (flagrante facultativo – art. 301, CPP), caso haja oposição, ainda que violenta. Qualquer do povo está autorizado a realizar prisão em flagrante, mas isso não o transforma em funcionário competente para realizá-la, razão pela qual aquele que resiste responderá pelo mal causado – por exemplo, por lesões corporais –, mas não como incurso no art. 329 do Código Penal.

10. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico,

consistente na vontade de não permitir a realização do ato legal. Por isso, havendo dúvida *fundada* (razoável e consistente) quanto à legalidade do ato ou competência do agente, pode o particular resistir, sem a configuração do delito.

11. Ato legal: é preciso que o funcionário público esteja fazendo cumprir um ato lícito. Caso pretenda concretizar algo ilegítimo, é natural que o particular possa resistir, pois está no exercício regular de direito (ou em legítima defesa, se houver agressão), já que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II, CF). O conceito de legalidade do ato não se confunde com justiça, pois contra ato *injusto*, mas legal, não é admissível a oposição, sem que se configure o delito de resistência (cf. Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 191).

12. Violência ou ameaça: *violência* é a coerção física, enquanto *ameaça* é a intimidação. Neste caso, não exige o tipo penal seja a ameaça *grave* (séria), embora deva ser a promessa de causar um mal injusto. Não se configura o delito se a pessoa “ameaça” o funcionário de representá-lo aos superiores, uma vez que é direito de qualquer um fazê-lo. Por outro lado, é preciso que tanto a violência quanto a ameaça sejam dirigidas contra a *pessoa* do funcionário, e não contra coisas (ex.: se alguém, ao ser preso, chutar a viatura policial, não há crime de resistência. Porém, se houver dano ao veículo, pode ser processado, conforme o caso, pelo delito de dano – art. 163, parágrafo único, III). Lembremos, ainda, que ofensas não são ameaças, de modo que podem dar azo à configuração do desacato.

13. Roubo e resistência: cremos perfeitamente possível a configuração do crime

de resistência se, durante a prática de um roubo, o agente voltar-se violentamente contra agentes da polícia que pretendam prendê-lo. A violência para assegurar a posse da coisa subtraída é uma, não se podendo confundir com a outra, usada para afastar o funcionário público do exercício da sua função, ainda que no mesmo contexto. Os objetos protegidos são diversos (patrimônio, no primeiro caso, e Administração Pública, no outro). Assim, não nos parece ser a violência decorrente do roubo, que tem por fim a obtenção da coisa móvel, a mesma utilizada contra a pessoa humana (agente do Estado) – ou mera decorrência, como alguns afirmam. Ressalte-se que a violência utilizada para matar alguém normalmente não é confundida com a que for usada contra policial que pretenda prender o homicida, respondendo o agente, nesse caso, por homicídio (ou tentativa) e resistência, em concurso material. A mesma visão deveria valer para os crimes patrimoniais violentos. Quando o roubo está consumado, há posição jurisprudencial no sentido que sustentamos: TJSP: “Impossibilidade do segundo crime ser considerado como integrante do de roubo, uma vez que o primeiro já se encontrava consumado” (Ap. 238.312-3, São Paulo, 6.^a C., rel. Debatin Cardoso, 02.04.1998, v. u.). Entretanto, reconhecemos que há posição majoritária na jurisprudência em sentido contrário: STJ: “A resistência oposta por assaltante para evitar a prisão, quando perseguido logo após a prática do crime de roubo, não constitui crime autônomo; representa, tão-somente, um desdobramento da violência caracterizadora do delito patrimonial” (REsp 173.466-PR, 6.^a T., rel. Vicente Leal, 24.08.1999, v. u., DJ 04.10.1999, p. 116). No mesmo sentido: TJSP: Ap. 200.945-3, São Paulo, 5.^a C., rel. Gomes de Amorim, 16.05.1996, v. u.; Ap. 221.995-3, São Paulo, 6.^a C., rel. Djalma Lofrano, 22.05.1997,

v. u.; Ap. 218.917-3, Santa Izabel, 1.^a C., rel. David Haddad, 19.05.1997, v. u.; Ap. 263.052-3, São Vicente, 3.^a C., rel. Gonçalves Nogueira, 03.11.1998, v. u.

14. Resistência ativa (*vis corporalis* ou *vis compulsiva*) e resistência passiva (*vis civilis*): a ativa consiste justamente no emprego de violência ou ameaça contra o funcionário público, servindo para configurar o crime; a passiva é a oposição sem ataque ou agressão por parte da pessoa, que se pode dar de variadas maneiras: fazendo “corpo mole” para não ser preso e obrigando os policiais a carregá-lo para a viatura; não se deixar algemar, escondendo as mãos; buscar retirar o carro da garagem antes de ser penhorado; sair correndo após a voz de prisão ou ordem de parada, entre outros. É o que Hungria chama de “atitude *ghândica*” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 411), em referência à resistência passiva e política da não violência (*satyagraha*) recomendada pelo Mahatma Ghandi, na primeira metade do século XX, na Índia, contra os ingleses, através de conduta pela qual os indianos não atacavam os dominadores do seu território, mas também não desocupavam um determinado local, quando instados pelas forças policiais a fazê-lo. Acabavam agredidos pelos próprios agentes do Império Britânico, sem que agissem da mesma forma.

15. Embriaguez: de acordo com a lei penal brasileira, o sujeito voluntariamente embriagado deve responder pelo que faz (art. 28, II, CP). Se pode até cometer homicídio, sendo por isso punido, cremos que também a resistência não escapa da esfera de proteção penal. Não há motivo para afastar a aplicação do art. 329 ao agente embriagado, pois o elemento subjetivo específico é, assim como o dolo, presumido (para quem acolhe a tese da presunção de responsabilidade nesse caso) ou projeta-se pela *actio libera*

in causa (para quem aceita o dolo inicial, mesmo que eventual, na conduta). Basta, pois, que o bêbado agrida fisicamente o funcionário público para se configurar a resistência. Quanto à ameaça, dependendo do que falar, por estar embriagado, pode não se configurar o crime, visto que não será considerada intimidação razoável, nem irá impressionar o funcionário.

16. Funcionário competente: não basta que a vítima seja funcionário público, pois exige o tipo penal tenha ele *competência* para executar o ato. Se um oficial de justiça vinculado a uma Vara de Família pretende efetuar uma penhora, referente a mandado de Vara Cível, é evidente que não é “competente” para o ato. Pode, pois, o particular recusar-se a atendê-lo. Ressalte-se que o número de funcionários contra os quais se opõe o agente não faz nascer vários delitos de resistência em concurso formal, pois o objeto jurídico protegido é a Administração Pública, e não o interesse individual de cada um deles.

17. Prestador de auxílio: pode o funcionário público valer-se de terceiros para executar o ato legal. Se assim fizer, essa pessoa, que lhe dá assistência, também pode ser vítima do crime de resistência. Exemplo seria o do transportador de móveis, durante uma penhora realizada por oficial de justiça competente. Se ele for agredido, configurado está o delito do art. 329.

18. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa agredida ou ameaçada. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral.

19. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva falta de execução do

ato legal). Nessa linha: TJSP: “Consumação com a mera prática do ato de violência ou de ameaça, independente da realização efetiva do fim pretendido pelo agente, que consistia no impedimento à execução do ato legal” (Ap. 147.301-3, 1.^a C., rel. Jarbas Mazzoni, 15.05.1995, v. u., RT 718/378); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“opor-se” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.^o, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora seja de difícil configuração.

20. Figura qualificada: para a configuração da qualificadora, exige-se a não realização do ato legal praticado por funcionário competente. Assim ocorrendo, modifica-se a pena de detenção para reclusão e aumenta-se a faixa de fixação para 1 a 3 anos. Trata-se de mais uma forma de exaurimento do crime, que faz elevar a pena do agente. Anota a jurisprudência que o ato legal precisa deixar de ser praticado por força *exclusiva* da oposição violenta ou ameaçadora do agente, e não por inépcia do funcionário.

21. Concurso de crimes: tendo em vista que a violência contra a pessoa deve ser sempre punida com rigor, o tipo penal prevê, como em várias outras oportunidades, o sistema da acumulação material, isto é, o agente responde pela resistência e pelo que causou à vítima, diante do emprego da coerção física (ver a nota 101-A ao art. 69).

22. Absorção do desacato e da desobediência: a ressalva feita para os cri-

mes violentos não se aplica ao desacato e à desobediência. Pode o agente, durante a prisão, resistir ativamente contra os policiais e ainda valer-se de ofensas verbais contra os mesmos, deixando de cumprir suas ordens. Todo esse contexto faz parte, em último grau, da intenção nítida de não se deixar prender, de modo que deve absorver os demais delitos. Somente quando o agente já está preso, cessando a resistência, pode configurar-se o crime de desacato, na hipótese de ofender o delegado que lavra o auto de prisão em flagrante, por exemplo. Nesse prisma: TJPR: “O crime de resistência absorve os de desobediência, ameaça e desacato, quando praticados em um mesmo episódio, e também a contravenção de vias de fato, mas não o de lesões corporais, mesmo leves (CP, art. 329, § 2.º)” (Ap. 12.410-7, 2.ª C., rel. Edson Malachini, 27.09.1990, v. u., RT 680/369).

Desobediência

Art. 330. Desobedecer²³⁻²⁶ a ordem²⁷⁻²⁸ legal²⁹⁻³⁶ de funcionário público;³⁷⁻³⁸

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

23. Análise do núcleo do tipo: *desobedecer* significa não ceder à autoridade ou força de alguém, resistir ou infringir. É preciso que a ordem dada seja do conhecimento *direto* de quem necessita cumpri-la. Nessa linha: STJ: “O crime de desobediência (CP, art. 330) só se configura se a ordem legal é endereçada diretamente a quem tem o dever legal de cumpri-la” (HC 10.150-RN, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 07.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 143).

24. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público. Nessa hipótese, torna-se indispensável verificar se a ordem dada

tem ou não relação com a função exercida, uma vez que, se tiver e não for cumprida, pode configurar-se o delito de prevaricação. Se o funcionário, que recebe ordem legal de outro, não pertinente ao exercício das suas funções, deixa de obedecer, é possível se configurar a desobediência, pois, nessa hipótese, age como particular. Entretanto, se receber a ordem e for da sua competência realizar o ato, pode concretizar-se outro tipo penal, como o supramencionado (art. 319). O sujeito passivo é o Estado. Confirma-se a jurisprudência a respeito: STJ: “Os dirigentes de universidade privada, no exercício de funções pertinentes ao ensino superior, atuam como agentes públicos por delegação, e nessa qualidade não cometem o crime de desobediência, pois tal delito pressupõe a atuação criminosa do particular contra a Administração” (HC 8.593-SE, 6.ª T., rel. Vicente Leal, 15.04.1999, v. u., DJ 13.12.1999, p. 179). Idem: HC 6.000-DE, 6.ª T., rel. Anselmo Santiago, 17.11.1997, v. u., DJ 19.12.1997, p. 67.533; HC 5.043-RS, 5.ª T., rel. José Dantas, 22.10.1996, v. u., DJ 02.12.1996, p. 47.692.

25. Prefeito como sujeito ativo: impossibilidade, se estiver no exercício das funções, cabendo processá-lo por crime de responsabilidade, tipificado no art. 1.º, XIV, do Decreto-lei 201/67 (STF, HC 76.888-PI, 2.ª T., rel. Carlos Velloso, 29.09.1998, v. u., DJ 20.11.1998, p. 3).

26. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Note-se que o verbo *desobedecer* é do tipo que contém, em si mesmo, a vontade específica de contrariar ordem alheia, infringindo, violando. O engano quanto à ordem a ser cumprida (modo, lugar, forma, entre outros) exclui o dolo: TJMG: “O não comparecimento de testemunha na audiên-

cia, por ter-se enganado quanto à data da realização da mesma, descaracteriza o crime de desobediência, visto que, não havendo dolo, que é vontade livre e consciente de desobedecer à ordem legal emanada, não há que falar em crime” (Ap. 26.049-1, 1.^a C., rel. Guimarães Mendonça, 15.09.1992, v. u., RT 696/381).

27. Ordem legal: é indispensável que o comando (determinação para fazer algo, e não simples pedido ou solicitação) seja legal, isto é, previsto em lei, formal (ex.: emitido por autoridade competente) e substancialmente (ex.: estar de acordo com a lei). Não se trata de ordem dada para satisfazer uma vontade qualquer do superior, fruto de capricho ou prepotência. Por outro lado, como já mencionado na análise do núcleo do tipo, exige-se conhecimento direto (na presença de quem emite o comando, por notificação ou outra forma inequívoca, não valendo o simples envio de ofício ou carta) por parte do funcionário ao qual se destina a ordem, sem ser por interposta pessoa, a fim de não existir punição por mero “erro de comunicação”, que seria uma indevida responsabilidade penal objetiva. Ver: STJ: “Em faltando justa causa para a ação penal, como ocorre quando se imputa desobediência a quem não foi destinatário da ordem legal, faz-se imperativa a concessão de *habeas corpus* para o seu trancamento” (RHC 8.637-SP, 6.^a T., rel. Hamilton Carvalhido, 13.09.1999, v. u., DJ 17.12.1999, p. 400, grifamos). Sob outro aspecto, a legalidade da ordem não se confunde com sua justiça ou injustiça. Ordens legais, ainda que injustas, devem ser cumpridas.

27-A. Proibição de venda e uso de bebida alcoólica em dia de eleição: não se constitui ordem legal, logo, caso seja desobedecida, é fato atípico. Tornou-se costume—embora venha sendo gradativamente

extinto em vários Estados da Federação — que autoridades judiciárias ou policiais editem *portarias* ou *resoluções* proibindo a venda e o consumo de bebidas alcoólicas no dia do pleito, sob o fundamento de garantir a regularidade dos trabalhos, impedindo distúrbios e contendo exageros. Alega-se, para justificar tais atos, o poder geral de cautela do juiz ou mesmo o poder de polícia do Estado. Há nítidos desvios de perspectiva nessa atuação. O princípio da legalidade, conquista inestimável dos direitos humanos fundamentais, preceitua que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, bem como que só há crime caso lei assim o defina (art. 5.^o, incisos II e XXXIX, CF). Ora, não cabe ao juiz e muito menos a qualquer autoridade policial (mesmo que seja o Secretário da Segurança Pública) editar “leis”. Não está na esfera de sua competência. Enfim, é uma irregularidade que vem sendo praticada há muito tempo, ainda que nobres sejam as intenções. Mas não é com propósito elevado que se constrói segurança jurídica. Por isso, a desobediência a tais portarias e resoluções não pode ser considerada *crime*. Ao contrário, inibir o comerciante, por meio da força, de vender bebida alcoólica, ou mesmo o consumidor de utilizá-lo, constitui abuso de autoridade. Destacam Monique von Hertwig Bittencourt e Victor José Sebem Ferreira que “a previsão de sanção mediante aplicação do art. 330 do Código Penal por desobediência à portaria administrativa oriunda de Secretaria de Segurança Pública não pode ser aplicada, vez que o funcionário público—mesmo que Secretário ou Delegado—não tem competência para publicar ato tipificando como crime aquilo que não consta em lei” (*A proibição do comércio e consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos no dia do pleito*, p. 2). Outra não é a orientação tranqüila da jurisprudência: TSE: “Crime de desobediência

(Cód. Eleitoral, art. 347): consumo de duas cervejas no dia do plebiscito de 1993 em contrariedade à portaria de Juiz Eleitoral. Princípio da reserva legal (Constituição, art. 5.º, XXXIX): inexistente norma legal, descabe a tipificação da conduta em portaria administrativa, ainda que a título de prevenir distúrbio público e assegurar a tranqüilidade no dia das eleições” (HC 233-SP, rel. Torquato Jardim, 31.05.1994, v. u.). TRE/SP: RE 1468, rel. Vito José Guglielmi, 12.11.1998, *DOE* 19.11.1998; RE 1282, rel. Francisco Prado, 08.05.1997, *DOE* 19.05.1997; TRE/MG: RO 52/94, rel. José Nepomuceno da Silva, 08.11.1994, *DJMG* 24.02.1995.

28. Ordem emanada de juiz impedido: não tem validade para efeito de gerar o crime de desobediência. Se o magistrado está impedido de funcionar no processo, qualquer ordem que dê é considerada ilegal, não configurando o crime de desobediência o seu não cumprimento: TJSP: CJ 25.318-0, Dracena, Câmara Especial, rel. Dirceu de Mello, 06.07.1995, v. u., *JTJ* 176/339.

29. Inexistência de outro tipo de punição: ressalta, com pertinência, Nélson Hungria que “se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só à prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, como a ‘processo penal por crime de desobediência’)” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 420). O mesmo não ocorre com a testemunha arrolada em processo civil, que, intimada, deixa de comparecer à audiência. Pode ser conduzida coercitivamente, mas

não será processada por desobediência, em face da inexistência de preceito autorizador, como existe no Código de Processo Penal em relação à testemunha arrolada em processo criminal. Aliás, nesse contexto inclua-se o caso da ausência do réu, que tem o *direito* de estar presente às audiências do seu processo, mas não o dever. Logo, a sua falta já provoca consequência, que é o seu desinteresse em acompanhar a instrução com prejuízo para a autodefesa. Além do mais, conforme o caso, havendo indispensável necessidade da sua presença, pode o juiz conduzi-lo coercitivamente ao fórum ou, conforme a situação, decretar a sua prisão processual. Não pode, no entanto, determinar que seja processado por desobediência. A negativa do acusado, por outro lado, ao fornecimento de seus dados pessoais para a qualificação, algo que não está abrangido pelo direito ao silêncio, pode configurar o delito do art. 330 (questão que abordamos ao tratar do direito ao silêncio em nossa obra *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 169). Portanto, havendo sanção administrativa ou processual, sem qualquer ressalva à possibilidade de punir pelo crime de desobediência, não se configura este. Assim: STJ: RHC 4.250-SP, 5.ª T., rel. Assis Toledo, 06.03.1995, v. u., *RT* 715/533. No mesmo sentido, quando o não cumprimento der ensejo ao ajuizamento de ação própria, também não se configura o delito de desobediência (é o caso da parte que é intimada para depositar, em determinado prazo, os salários do perito e não o faz): TJSP: HC 190.924-SP, 10.ª C., rel. Nelson Hanada, 27.02.1992, v. u., *RJTJSP* 136/403. Mais recentemente: STF: “Não há crime de desobediência (CP, art. 330), no plano da tipicidade penal, se a inexecução da ordem, emanada de servidor público, revelar-se passível de sanção administrativa prevista em lei, que não ressalva a dupla penalidade. Com base nesse entendimento, a Turma de-

feriu *habeas corpus* para anular condenação imposta ao paciente, que se recusara a exhibir, a policial militar encarregado de vistoria de trânsito, seus documentos e os do veículo automotor que dirigia. Considerou-se que a conduta do paciente já está sujeita à sanção prevista no art. 238 do Código de Trânsito Brasileiro. Precedente citado: HC 86254/RS (DJU 10.03.2006)” (HC 88452/RS, 2.ª T., rel. Eros Grau, 02.05.2006, *Informativo* 425); “Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1.ª T., 13.04.1982, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2.ª T., 02.09.1986, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal” (HC 86.047-SP, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 04.10.2005, m. v., DJ 18.11.2005, p. 10).

29-A. Descumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo: não configura o crime de desobediência, pois a consequência para isso é a revogação do benefício, com o prosseguimento da ação penal (TRF-4.ª Região, Ap. 2001.70.02.002803-4-PR, 7.ª T., rel. Vladimir Freitas, 03.09.2002, v. u.).

29-B. Descumprimento das imposições feitas ao usuário de drogas: não gera crime de desobediência. O art. 28 da Lei 11.343/2006 instituiu a quem adquira, guarde, tenha em depósito, transporte ou traga consigo, para consumo pessoal, drogas

ilícitas, as seguintes penas: a) advertência sobre os efeitos da droga; b) prestação de serviços à comunidade; c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. O descumprimento de qualquer medida restritiva imposta tem as consequências previstas no art. 28, § 6.º: a) admoestação verbal; b) multa.

30. Dever da vítima de colaborar com a investigação ou processo criminal: recusando-se a colaborar com a polícia judiciária na investigação criminal, não participando, por exemplo, da elaboração do exame de corpo de delito, que não prescinde da sua presença, no Instituto Médico Legal, pode ser processada por desobediência. Em juízo, no entanto, uma vez que pode ser conduzida coercitivamente, não será processada por desobediência, caso falte à audiência. Mas se outra diligência importante, determinada pelo magistrado, necessitar da sua participação, não sendo o caso de mera condução coercitiva, é possível o processo por desobediência. Ressalta, com pertinência, Antonio Scarance Fernandes, que, “se a vítima pode se constituir em importante auxílio, pode também representar pesado óbice para a investigação, quando se recuse a colaborar em diligências que, sem a sua participação, não podem ser efetuadas. Imagine-se, por exemplo, se ela deliberadamente não comparece para realizar exame de corpo de delito em crime de lesão corporal, fazendo com que desapareçam os vestígios; dificilmente será provada a materialidade da infração. (...) No Código de Processo Penal, ficou evidente a intenção de prestigiar o interesse na repressão ao crime. Pode, então, a autoridade adotar medidas rigorosas para forçá-la a auxiliar na investigação. Assim, se a vítima, intimada, não comparece para prestar declarações, pode ser conduzida coercitivamente (art. 201, parágrafo único, Código de Processo

Penal [atual art. 201, § 1.º, com redação determinada pela Lei 11.690/2008]), exceto nos crimes de ação penal privada, quando a recusa pode configurar renúncia tácita ao direito de queixa. Pode a polícia, se a vítima não quiser ser submetida a exame de corpo de delito, instaurar inquérito policial por desobediência à ordem legal e conduzi-la para perícias externas de fácil realização (lesão corporal), não contudo para exame que implique ofensa à sua integridade, à sua intimidade” (*La víctima en el proceso penal*, p. 126).

31. Auto-acusação: como abordamos em nota anterior, o réu pode não comparecer às audiências, mas deve fornecer seus dados pessoais para a qualificação em interrogatório. É preciso verificar que o direito ao silêncio guarda importante sintonia com a ausência do dever de se auto-acusar. Sob outro prisma, quanto à exigência para o condutor de veículos soprar o aparelho denominado *bafômetro*, novamente prevista no Código de Trânsito Brasileiro (art. 165, § 3.º), em face da alteração trazida pela Lei 11.705/2008, reputamos inconstitucional. É princípio de processo penal, com lastro na Constituição Federal (presunção de inocência), que *ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo*. Portanto, não pode o motorista ser *obrigado* a produzir prova contra si, fornecendo material para a produção de laudo pericial conclusivo e definitivo (exame de sangue ou sopro no bafômetro). A coerção consistiria em, recusando-se a fazê-lo, perder a habilitação e ser multado. Os agentes do Estado devem buscar a prova da embriaguez, quando for o caso, por outras formas não invasoras, nem coercitivas, bastando exame clínico ou mesmo a constatação por testemunhas. Nessa esteira: STF: “Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento

investigatório do crime de falsificação de documento. (...) Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa” (HC 77.135-SP, 1.ª T., rel. Ilmar Galvão, 08.08.1998, v. u., DJ 06.11.1998, p. 3).

32. Ordem dada por autoridade (juiz criminal, delegado ou CPI) à testemunha ou ao indiciado ou réu: em face do direito que toda pessoa possui de não se auto-acusar, como bem anotado por Delmanto (*Código Penal comentado*, p. 583), a testemunha arrolada para depor – embora tratada como se fosse acusada – não está obrigada a entregar documentos ao juiz, ao delegado ou aos parlamentares, caso esta documentação seja suficiente para incriminá-la de algum modo.

33. Sigilo médico e recusa em fornecer dados sobre o paciente: cremos, conforme o caso, poder configurar o crime de desobediência. É certo que o sigilo profissional é previsto em lei e até mesmo o Código Penal o reconhece e protege (art. 154 – violação de segredo profissional), embora nenhum direito seja absoluto. O médico deve guardar sigilo sobre o prontuário do paciente, a fim de assegurar o seu direito à intimidade, como preceitua o Código de Ética Médica (ainda assim, pode revelar fato

de que tenha conhecimento em razão da profissão se houver *justa causa, dever legal* ou *autorização do paciente* – art. 102 da Resolução 1.246, de 08.01.1988, do Conselho Federal de Medicina). E, do mesmo modo, o gerente de um banco deve assegurar o sigilo pertinente à movimentação da conta bancária do seu cliente, com o mesmo fito de garantir a intimidade. Ocorre que, para colaborar com o Poder Judiciário, na sua tarefa de apurar lesões ou ameaças a direito, pode o sigilo ser rompido, visto não haver direito absoluto. Se pode o sigilo bancário ser quebrado por ordem do magistrado, por que não poderia o sigilo médico? Por isso, quando for indispensável para apurar um crime – como a configuração da materialidade em crimes que deixam vestígios –, é lógico que deve o médico enviar ao juiz a ficha de atendimento do paciente (por vezes, vítima do crime que está sendo apurado), a fim de se formar um juízo acerca da prova. Não fosse assim e estar-se-ia negando aplicação ao art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). É evidente que o caso concreto irá determinar o melhor caminho a seguir. Se o juiz deseja informações sobre o prontuário de um paciente que faz terapia, a fim de melhor conhecer sua personalidade, pode o médico recusar-se a fornecer, embora deva responder ao ofício, e não simplesmente ignorá-lo. Entretanto, no caso da ficha de atendimento, onde constam lesões corporais aptas a demonstrar até mesmo a ocorrência de uma tentativa de homicídio ou de outro crime grave qualquer, não se pode assimilar o sigilo médico como razoável. A lesão causada à vítima precisa ser apurada e depende, diretamente, da colaboração do médico, de forma que o Código de Ética não será, jamais, superior à própria Constituição Federal. Registre-se o disposto, atualmente, no art. 12, § 3.º, da Lei 11.340/2006, que cuida da

violência doméstica: “Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde”. Confirma-se a inviabilidade de se alegar sigilo médico para a formação da materialidade de um crime. Em sentido contrário, considerando *justa causa* para romper o sigilo *apenas* o consentimento do ofendido, denúncia de doença cuja notificação é compulsória, estado de necessidade e exercício regular de direito, encontramos: TJSP: MS 102.893-3, 5.ª C., rel. Denser de Sá, 20.02.1991, v. u., RT 668/280.

34. Sigilo do advogado: compreende-se como razoável e não passível de punição por desobediência o sigilo do advogado, a respeito de seu cliente, pois é inerente à sua própria função ouvir e conhecer detalhes que não podem comprometer, depois, o sujeito que os narrou. Se ninguém é obrigado a se auto-acusar, ao procurar o advogado, é justamente esse direito que se está exercitando. Logo, não há hipótese que obrigue o profissional da advocacia a quebrar o sigilo. A característica da sua profissão é inerente ao direito de não se auto-incriminar que todos possuem.

35. Identificação dactiloscópica: sendo ela indispensável – como no caso de indiciamento de pessoa por crime organizado, onde há expressa autorização legal (Lei 9.034/95, art. 5.º) –, não pode o sujeito recusar-se a empreendê-la, sob pena de responder por desobediência. Entretanto, em outras situações, somente quando a autoridade policial tiver sérias dúvidas a respeito da identidade do indiciado poderá exigir-lhe a identificação dactiloscópica. Recusando-se, pode configurar o crime de desobediência. Atualmente, está em vigor a Lei 10.054/2000, disciplinando em quais casos pode ser colhida a identificação criminal da pessoa, a despeito de já ter sido

apresentado documento de identificação civil. São os seguintes: “estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público”; “houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade”; “o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais”; “constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações”; “houver registro de extravio do documento de identidade”; “o indiciado ou acusado não comprovar, em 48 (quarenta e oito) horas, sua identificação civil” (art. 3.º, da referida Lei).

36. Distinção do delito de desobediência e da contravenção de recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação: preceitua o art. 68, *caput*, da Lei de Contravenções Penais que configura infração penal “recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”. Aparentemente, o delito de desobediência deverá ceder espaço à contravenção toda vez que o indiciado/réu se recusar a fornecer seus dados de qualificação, o que não nos parece correto. A Lei de Contravenções Penais estipulou, no art. 3.º, que, “para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária”. O dolo ou a culpa somente são exigidos quando expressamente constarem do tipo. Assim, confrontando-se o disposto nessa Lei com o Código Penal, nota-se que, havendo dolo (embutido no verbo, como já mencionado, o elemento subjetivo específico, que é a vontade de insurgir-se contra quem deu

a ordem), é caso de aplicação do crime de desobediência e não simplesmente da contravenção penal. Resta a esta, para quem ainda entende possível a sua configuração livre de dolo, bastando a voluntariedade, um campo de aplicação mais restrito (ex.: pessoa que não fornece seus dados à polícia, na via pública, para evitar ser testemunha de algum delito, mas sem a intenção de transgredir ordem legal). Por outro lado, caso seja acolhida a posição tomada por doutrina majoritária, atualmente, no sentido de que para todas as contravenções penais também deve ser exigida a prova do dolo ou da culpa, torna-se inaplicável a contravenção do art. 68, tendo em vista que a intenção de violação, de afronta à ordem dada legalmente, acarreta infração penal mais grave, que é a desobediência. É também a nossa posição, incluindo-se como fundamento o princípio da intervenção mínima, associado, naturalmente, ao princípio da culpabilidade (ver as notas 386 e 387 à Lei de Contravenções Penais em nosso *Leis penais e processuais penais comentadas*). Há nítida subsidiariedade da contravenção do art. 68 em face do disposto no art. 330 do Código Penal. Aliás, é a mesma situação que ocorre quando o sujeito atribui a si mesmo falsa identidade, com o fito de obter vantagem (note-se nesse caso que, além do dolo, há a especificidade da vontade). Havendo o referido elemento subjetivo específico, deve responder pelo art. 307 do Código Penal, e não pela contravenção penal do art. 68, parágrafo único (“quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência”), que é igualmente subsidiário – a bem da verdade, nesta hipótese, explicitamente, ao mencionar: “se o fato não constitui infração penal mais grave”. Finalize-se, ressaltando que o delito previsto no art. 330 tem como objeto jurídico a administração em geral,

que é seriamente comprometida, quando o indiciado/réu nega a sua qualificação. Deve-se, pois, reservar a contravenção penal para casos outros, que não envolvam esse específico contexto, para quem a entenda ainda aplicável.

37. Objetos material e jurídico: o objeto material é a ordem dada. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral.

38. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente na ocorrência de algum prejuízo efetivo para a Administração por conta do não cumprimento da ordem); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (implicando em ação) ou omissivo (implicando em abstenção), conforme o caso concreto. O sujeito pode desobedecer ao comando dado, fazendo, ou não, aquilo que lhe é ordenado cumprir. E, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma comissiva, quando plurissubsistente.

Desacato

Art. 331. Desacatar³⁹⁻⁴² funcionário público⁴³ no exercício da função⁴⁴⁻⁴⁷ ou em razão dela.⁴⁸⁻⁵¹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

39. Análise do núcleo do tipo: *desacatar* quer dizer desprezar, faltar com o respeito ou humilhar. O objeto da conduta é o funcionário. Pode implicar em qualquer tipo de palavra grosseira ou ato ofensivo contra a pessoa que exerce função pública, incluindo ameaças e agressões físicas. Não se concretiza o crime se houver reclamação ou crítica contra a atuação funcional de alguém. “Simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato. Nem importa que o fato não tenha tido a publicidade que o agravasse, especialmente. Importa, unicamente, que ele tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com o objetivo de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública. (...) No que toca às palavras oralmente pronunciadas, importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável” (cf. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 186). Deve constar na denúncia e na sentença quais foram exatamente as expressões utilizadas pelo agente, mesmo que de baixo calão.

40. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado e, em segundo plano, também o funcionário público. Aliás, para o conceito de funcionário público, quando no pólo passivo, a maioria tem entendido ser aplicável o art. 327 do Código Penal (TRF, 4.ª R., HC 1999.04.01.43627-RS, Turma de Férias, rel. Vilson Darós, 15.07.1999, v. u., RT 772/721). Consultar a nota 214 ao art. 327. Quanto ao funcionário como sujeito ativo, entendemos, na esteira de Fragoso e Noronha (*Direito penal*, v. 4, p. 307), poder haver desacato, pouco importando se de idêntica hierarquia, superior ou inferior.

Um policial, prestando depoimento, pode desacatar o juiz, enquanto este pode desacatar o colega, em igual situação. Pode, ainda, o delegado desacatar o investigador de polícia (ou detetive). Nessa linha: TJRJ: “O funcionário público que agride verbalmente Promotor de Justiça pode ser sujeito ativo do crime de desacato, pois o bem jurídico tutelado pela norma do art. 331 do CP é o prestígio da função pública, não se restringindo tal lesão jurídica a fato praticado somente por particular” (Ap. 62.633, 6.^a C., rel. Adilson Vieira Macabu, 19.05.1998, v. u., *RT* 760/692). cremos, no entanto, ser preciso cautela na tipificação do delito, pois a intenção do agente pode não ser o desprestígio da função pública, mas o abuso do poder que detém. Quanto ao advogado como sujeito ativo, apesar de o Estatuto da Advocacia (art. 7.^o, § 2.^o) preceituar que há imunidade profissional e, no exercício da sua atividade, não poder constituir desacato qualquer manifestação de sua parte, esse trecho está com a eficácia suspensa por julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

41. Pluralidade de funcionários ofendidos: o crime é único, pois o sujeito passivo é único, ou seja, o Estado. Assim, o agente que desacata mais de um policial, no mesmo contexto, pratica *um* desacato: TACRIM-SP [atual TJSP]: Ap. 1.061.419-9, 15.^a C., rel. Décio Barretti, 30.10.1997, v. u., *RT* 750/636.

42. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Há posição em contrário, sustentando haver a vontade específica de desprestigiar a função pública, proferindo ou tomando postura injuriosa. Assim não cremos, pois o verbo é suficiente para essa conclusão. *Desacatar* significa, por si só, humilhar ou

menosprezar, implicando algo injurioso, que tem por fim desacreditar a função pública. Acolhendo a tese de ser exigido somente o dolo genérico: TJSP: Ap. 194.172-3, Santa Rosa do Viterbo, 3.^a C. Extraordinária Criminal, rel. Prado de Toledo, 23.06.1997, v. u. Entretanto, cremos correta a posição de quem, para a análise do dolo, leva em consideração as condições pessoais do agressor, como sua classe social, grau de cultura, entre outros fatores (cf. Damásio, *Código Penal anotado*, p. 933). Nesse prisma: STJ: “O crime de desacato significa menosprezo ao funcionário público. Reclama, por isso, elemento subjetivo, voltado para a desconsideração. Não se confunde apenas com o vocábulo grosseiro. Este, em si mesmo, é restrito à falta de educação ou de nível cultural” (HC 7.515-RS, 6.^a T., rel. Cernicchiaro, 25.05.1999, v. u., *DJ* 02.08.1999, p. 223). Deve-se ter a mesma cautela quando o agente estiver descontrolado ou profundamente emocionado ou irado, pois, nessa hipótese, *pode* (embora não deva ser regra geral) não se configurar a vontade de depreciar a função pública – o que está ínsito ao conceito de *desacato*, como já mencionado. No sentido de que a expressão ofensiva, usada em meio a uma discussão acalorada, não configura o crime de desacato: TJSP: Ap. 253.067-3, Paulo de Faria, 5.^a C., rel. Celso Limongi, 09.09.1999, v. u.

43. Funcionário que não se identifica pode cometer o crime contra outro funcionário: “a recusa em se identificar o despe da condição de funcionário público, equiparando-o ao particular, e, se nestas circunstâncias dirige expressões dotadas de poder ofensivo ao policial que solicita sua carteira funcional, caracterizado está o delito de desacato, não obstante a situação de funcionário público do agente” (TJMG, Ap. 93.677-3, 2.^a C., rel. Alves de Andrade, 21.08.1997, v. u., *RT* 750/691).

44. Exercício da função ou em sua razão: exige-se que a palavra ofensiva ou o ato injurioso seja dirigido ao funcionário que esteja exercendo suas atividades ou, ainda que ausente delas, tenha o autor levado em consideração a função pública.

45. Presença do funcionário: é indispensável, pois o menoscabo necessita ter alvo certo, de forma que o funcionário público deve ouvir a palavra injuriosa ou sofrer diretamente o ato. Ainda que esteja à distância, precisa captar por seus próprios sentidos a ofensa, inclusive se for assistindo um programa de televisão (cf. Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 209). Se a ofensa for por escrito, caracteriza-se injúria, mas não desacato.

46. Funcionário que provoca a ofensa: não configura desacato se o particular devolve provocação do funcionário público, tendo em vista que não busca desprestigiar a função pública, mas dar resposta ao que julgou indevido.

47. Embriaguez do agressor: conforme já expusemos ao tratar do crime de resistência (art. 329, nota 15), cremos se configurar o crime ainda que o ofensor esteja sob efeito do álcool ou substância de efeito análogo (art. 28, II, CP). Nesse sentido: TARS [atual TJRS]: “A embriaguez do agente não dirime a sua responsabilidade criminal quanto ao crime de desacato, salvo se for total e proveniente de força maior ou caso fortuito” (Ap. 297.028, 4.^a C., rel. Aido Faustino Bertocchi, 29.10.1997, v. u. Idem: TARJ [atual TJRJ]: Ap. 60.478, 4.^a C., rel. Sérvio Túlio Vieira, 03.03.1997, v. u., RT 748/716; TJSP: Ap. 240.804-3, 4.^a C., rel. Passos de Freitas, 12.05.1998, v. u. Em sentido oposto: TACRIM-SP [atual TJSP]: “O estado de embriaguez despoja o agente da plena integridade de suas faculdades

psíquicas, exonerando, por tal forma, a intenção certa de ofender, de desacatar, que é o substrato do crime de desacato, o seu dolo específico” (Ap. 918.125-8, 11.^a C., rel. Xavier de Aquino, 15.05.1995, m. v., RT 719/444). Há posição intermediária, mencionando que somente a embriaguez leve, aquela que coloca o agente em estado de euforia, não descaracteriza o crime: TACRIM/SP [atual TJSP]: Ap. 1.098.539-6, 7.^a C., rel. Luiz Ambra, 21.05.1998, v. u., RT 756/603.

48. Objetos material e jurídico: o objeto material é o funcionário. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus interesses material e moral. É considerado delito pluriofensivo, por atingir a honra do funcionário e o prestígio da Administração Pública.

49. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo desprestígio da função pública); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“desacatar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma plurissubsistente, embora seja de difícil configuração.

50. Concurso de crimes: mencionamos que o desacato pode ser praticado de variadas formas, inclusive com agressões físicas. Portanto, conforme a gravidade da violência ou da ameaça utilizada, pode ou

não absorver tais delitos. Se praticar lesão corporal contra o funcionário, cremos deva responder por concurso formal (lesão + desacato); porém, cometendo vias de fato, deve responder somente pelo desacato.

51. Indiferença do ofendido: se o funcionário público demonstra completo desinteresse pelo ato ofensivo proferido pelo agressor, não há que se falar em crime, pois a função pública não chegou a ser desprestigiada. É o que pode acontecer quando um delegado, percebendo que alguém está completamente histérico, em virtude de algum acidente ou porque é vítima de um delito, releva eventuais palavras ofensivas que essa pessoa lhe dirige. Não se pode considerar fato típico, desde que o prestígio da Administração tenha permanecido inabalável. Mas caso o funcionário seja efetivamente humilhado, no exercício da sua função, a sua concordância é irrelevante, pois o crime é de ação pública incondicionada.

Tráfico de influência

Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter,⁵²⁻⁵³ para si ou para outrem,⁵⁴ vantagem ou promessa de vantagem,⁵⁵ a pretexto de influir⁵⁶ em ato⁵⁷ praticado por funcionário público⁵⁸ no exercício da função.⁵⁹⁻⁶⁰

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da 1/2 (metade),⁶¹ se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

52. Análise do núcleo do tipo: *solicitar* (pedir ou rogar); *exigir* (ordenar ou reclamar); *cobrar* (exigir o cumprimento de algo); *obter* (alcançar ou conseguir). Conjugam-se com outra conduta: *influir* (inspirar ou incutir). O objeto das ações é a vantagem com relação a ato praticado por funcionário público. É o que se chama

de *jactância enganosa*, *gabolice mendaz* ou *bazófia ilusória* (Antonio Pagliaro e Paulo José da Costa Júnior, *Dos crimes contra a Administração Pública*, p. 218).

53. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público. O sujeito passivo é o Estado.

54. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se, ainda, elemento subjetivo específico, consistente no ânimo de ter para si ou destinar para outra pessoa a vantagem. Não existe a forma culposa.

55. Vantagem ou promessa de vantagem: *vantagem* é qualquer ganho ou lucro para o agente, lícito ou ilícito, que pode servir para configurar o tipo. *Promessa de vantagem* é obrigar-se a, no futuro, entregar algum ganho a alguém.

56. Resultado concreto da influência: não é necessário, bastando que o agente solicite, exija, cobre ou obtenha a vantagem *a pretexto* (sob a desculpa ou justificativa) de exercer ascendência sobre funcionário público. É o que a doutrina chama de “venda de fumaça”.

57. Ato do funcionário: pode ser lícito ou ilícito, pois o tipo penal não discrimina. O ato, no entanto, deve ser futuro, e não passado. Se o agente *vai influir* é natural que o ato não pode ter sido praticado.

58. Três pessoas envolvidas, mesmo que virtualmente: há de se exigir, para a configuração do tipo penal, que um *sujeito* qualquer – funcionário público ou não – solicite, exija, cobre ou obtenha de *outra pessoa* – funcionário ou não – qualquer vantagem, sob o pretexto de exercer influência em um *funcionário público* no exercício da função. Entende o STF que a influência pode ser exercida em funcionário público

por equiparação, como, por exemplo, funcionário de sociedade de economia mista (HC 79.823-RJ, 1.^a T., rel. Moreira Alves, 28.03.2000, v. u., *RTJ* 176/1.251).

59. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem. O objeto jurídico é a Administração Pública, especialmente no aspecto da moralidade.

60. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (crime que não exige resultado naturalístico, consistente na efetiva prática indevida de algum ato administrativo). Cremos, reformulando posição anterior, que, somente nas formas *solicitar*, *exigir* e *cobrar*, o delito é formal, pois o objeto jurídico protegido é a escorreta Administração Pública. Portanto, quando o agente obtém a vantagem, o crime é material, pois já feriu o interesse protegido, embora possa não levar, necessariamente, à influência e prática de algo indevido. Se isto se der, trata-se do exaurimento do crime; de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma plurissubsistente.

61. Causa de aumento da pena: eleva-se a pena em metade, caso o agente afirme ou dê a entender de modo sutil que o ganho destina-se, também, ao funcionário que vai praticar o ato. Caso realmente se destine, trata-se de corrupção (ativa para quem oferta e passiva para quem recebe).

Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer⁶²⁻⁶⁴ vantagem indevida⁶⁵⁻⁶⁶ a funcionário público, para determiná-lo⁶⁷ a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:⁶⁸⁻⁷³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.^{73-A}

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço),⁷⁴ se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

62. Análise do núcleo do tipo: *oferecer* (propor ou apresentar para que seja aceito) ou *prometer* (obrigar-se a dar algo a alguém), cujo objeto é a vantagem, conjugam-se com *determinar* (prescrever ou estabelecer) a *praticar* (executar ou levar a efeito), *omitir* (não fazer) ou *retardar* (atrasar), cujo objeto é ato de ofício. Portanto, se alguém, exemplificando, propõe vantagem a um funcionário público, levando-o a executar um ato que é sua obrigação, comete o delito previsto neste artigo.

63. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Sobre outras hipóteses de configuração do crime, consultar a nota 95 ao art. 317.

64. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na vontade de fazer o funcionário praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Não há forma culposa.

65. Vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois

há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vantagem ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude.

66. Suborno para fugir: trata-se de *vantagem indevida*, configurando-se o crime de corrupção ativa, quando o preso oferece algum valor ao guarda, para deixá-lo escapar. Dizer que a fuga sem violência é ato lícito não afasta a corrupção do agente penitenciário, pois a conduta do agente ofende, de qualquer modo, a Administração Pública. Escapar, sem usar violência, pode ser conduta atípica, o que não significa corromper funcionário.

67. Oferecimento ou promessa anterior ao ato: exige-se. Quando qualquer vantagem for dada depois da prática do ato, sem ter havido qualquer tipo de promessa ou oferta anterior, não se trata de corrupção ativa, podendo, conforme o caso, constituir outro tipo de ilícito não penal (por exemplo: improbidade administrativa – art. 9.º, Lei 8.429/92) ou delito por parte do funcionário (ilustrando: corrupção passiva para o funcionário, com participação daquele que fornece o presente – ver a nota 94 ao art. 317).

68. Ato de ofício: é o ato inerente às atividades do funcionário. Portanto, o ato visado deve estar na esfera de atribuição do funcionário, não necessitando ser ilícito.

69. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem. O objeto

jurídico é a Administração Pública, nos interesses material e moral.

70. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo recebimento do suborno); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa na forma plurissubsistente.

71. “Carteirada”: é a expressão utilizada para demonstrar o ato de autoridade que, fazendo uso de sua função, exhibe seu documento funcional para conseguir algum préstimo de outra autoridade ou funcionário público. Tal ato não é corrupção ativa, podendo, no máximo, conforme o caso, configurar o crime de tráfico de influência.

72. Crime bilateral: não se exige que, para a configuração da corrupção ativa, esteja devidamente demonstrada a corrupção passiva. Logo, não se trata de delito bilateral.

73. Embriaguez: não afasta o crime (art. 28, II, CP). Ver nota 15 ao art. 329.

73-A. Aumento de pena: elevou-se a pena da corrupção ativa de 1 a 8 anos para 2 a 12 anos, mantendo-se a cominação de multa, conforme previsão da Lei 10.763/2003. Somente se pode considerar que o referido aumento teve por finalidade bloquear o

benefício da suspensão condicional do processo, que exige a pena mínima de 1 ano, aos autores de corrupção. O aumento do teto da pena é inoperante no direito brasileiro, seja porque vige a política da pena mínima (praticamente inexistente a fixação da pena em grau máximo), seja porque a prescrição que realmente importa é a que leva em conta a pena concreta (normalmente no patamar mínimo) e não a da pena em abstrato, que levaria em consideração o máximo previsto para o crime. Por outro lado, tomando-se por base o novo mínimo previsto para o crime (2 anos), continua a ser viável a concessão de inúmeros benefícios penais, como a pena alternativa, o *sursis* e o regime aberto. Portanto, a alteração pouco efeito produzirá.

74. Causa de aumento da pena: eleva-se a pena em um terço quando, em razão da promessa ou da vantagem, efetivamente o agente atrasa ou não faz o que deveria, ou mesmo pratica o ato, infringindo dever funcional. Nessa hipótese, o crime é material, isto é, exige resultado naturalístico.

Contrabando ou descaminho

Art. 334. Importar⁷⁵⁻⁷⁷ ou exportar mercadoria⁷⁸ proibida⁷⁹ ou iludir, no todo ou em parte,⁸⁰ o pagamento de direito ou imposto⁸¹ devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo⁸² de mercadoria:⁸³⁻⁸⁷

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1.º Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem,⁸⁸ fora dos casos permitidos em lei;⁸⁹

b) pratica fato assimilado,⁹⁰ em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende,⁹¹ expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício⁹² de atividade comercial ou industrial, mercadoria⁹³ de procedência estrangeira que

introduziu clandestinamente⁹⁴ no País ou importou fraudulentamente⁹⁵⁻⁹⁶ ou que sabe⁹⁷ ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;⁹⁸

d) adquire,⁹⁹ recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio,¹⁰⁰ no exercício¹⁰¹ de atividade comercial ou industrial, mercadoria¹⁰² de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação¹⁰³ legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

§ 2.º Equipara-se às atividades comerciais,¹⁰⁶ para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido¹⁰⁷ em residências.

§ 3.º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.¹⁰⁸⁻¹¹¹

75. Análise do núcleo do tipo: na primeira parte, caracterizando o contrabando, temos: a) *importar* significa trazer algo de fora do País para dentro de suas fronteiras; b) *exportar* quer dizer levar algo para fora do País. O objeto é mercadoria proibida. É o *contrabando próprio*. Na segunda parte, configurando o descaminho, temos *iludir* (enganar ou frustrar), cujo objeto é o pagamento de direito ou imposto. Trata-se do denominado *contrabando impróprio*.

76. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Se houver a participação de funcionário, pode configurar-se o tipo autônomo do art. 318 (facilitação de contrabando ou descaminho). O sujeito passivo é o Estado.

77. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa.

78. Conceito de mercadoria: é qualquer coisa móvel passível de comercialização.

79. Norma penal em branco: a proibição deve ser captada em outras leis, havendo, pois, necessidade de complementar o conteúdo da norma do art. 334.

80. Modo de descaminho (perda ou extravio): pode a fraude ao pagamento de direito ou imposto ser total (completa, isto é, sem o pagamento de qualquer valor) ou parcial (pagando-se quantia inferior à devida). Tal situação, no entanto, deve ser levada em consideração para a fixação da pena. Se o agente ludibria o Estado completamente, sem nada pagar, merece pena maior do que aquele que paga ao menos uma parte do devido.

81. Direito ou imposto: *imposto* é uma espécie de tributo (prestação monetária compulsória devida ao Estado em virtude de lei – ver o art. 16 do Código Tributário Nacional), podendo haver outros pagamentos necessários para a importação ou exportação de mercadorias, como a tarifa de armazenagem ou a taxa para liberação da guia de importação.

82. Imposto sobre consumo: na realidade, atualmente, não mais se caracteriza o imposto incidente sobre o consumo de bens como tal, embora persista no sistema tributário brasileiro. Podem-se considerar como impostos sobre o consumo o IPI e o ICMS. Preceitua o Código Tributário Nacional: “Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador: I – o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; II – a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do art. 51; III – a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão. Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade,

ou o aperfeiçoamento para o consumo”. Quanto ao ICMS, convém ressaltar o disposto no art. 155, IX, *a*, da Constituição Federal: “IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

83. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser a mercadoria, o direito ou o imposto devido. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus interesses patrimonial e moral.

84. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na produção de efetivo dano para a Administração Pública) nas modalidades “importar” e “exportar”. Se a mercadoria é proibida de ingressar ou sair do País, o simples fato de fazê-lo consuma o crime, embora não se tenha produzido um resultado passível de realização fática. É formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico), também na forma “iludir o pagamento”. Entretanto, nesse caso, o Estado deixa de arrecadar valores importantes para a Administração Pública, o que se pode constatar faticamente. É de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações), na forma “importar” e “exportar”, bem como comissivo ou omissivo (implicando em abstenção) na modalidade “iludir o pagamento”, conforme o caso concreto. E, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão

(quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), na importação ou exportação, quando a mercadoria for liberada, clandestinamente, na alfândega; se não passar pela via normal, assim que invadir as fronteiras do País ou traspassá-las ao sair. É unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente e quando comissivo.

85. Princípio da insignificância: em contra aplicação neste delito. A introdução, no território nacional, de mercadoria proibida, mas em quantidade ínfima, ou o não pagamento de pequena parcela do imposto devido configuram típicas infrações de bagatela, passíveis de punição fiscal, mas não penal. Exemplos de aplicação do princípio: STJ: “No caso *sub examine* [descaminho], a pequena quantidade e o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida em poder do acusado autoriza a aplicação do princípio da insignificância. Peculiaridades do caso que evidenciam não ter o recorrido agido dolosamente para fraudar o fisco. Absolvição que deve ser mantida, por se harmonizar o aresto recorrido com jurisprudência desta Corte” (REsp 124.897-CE, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 02.12.1999, v. u., DJ 21.02.2000, p. 148). Idem: REsp 229.399-PR, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 16.05.2000, v. u., DJ 19.06.2000, p. 183. Ainda: TRF, 5.ª Região: “Em sede de processo-crime, sob a acusação de descaminho (art. 334, CPB), se os bens internados pelo agente no País, sem o pagamento dos tributos devidos, são

de pequeno valor, aplica-se o princípio da insignificância, para não envolver o aparato estatal punitivo na repressão de bagatela, e tem-se a conduta como penalmente irrelevante” (Ap. 5.324.231-RN, 1.ª T., rel. Napoleão Maia Filho, 19.06.1997, v. u., DJ 01.08.1997, p. 58.529). Idem: TRF, 5.ª Região: Ap. 5.238.673-SE, 3.ª T., rel. Manoel Erhardt, 11.12.1997, v. u., DJ 27.03.1998, p. 470; Ap. 5.181.507-CE, 1.ª T., rel. Ubaldo Ataíde Cavalcanti, 11.12.1997, v. u., DJ 27.03.1998, p. 386; Ap. 5.063.792-SE, 2.ª T., rel. João Bosco Medeiros de Sousa, 25.02.1997, v. u., DJ 11.04.1997, p. 22.996. Acrescente-se: TRF, 1.ª Região: “Importação – Excesso de cota – Objetos de pequeno valor, para comércio de sacoleiro – Sociedade que não considera a prática de tal comércio como ilícito penal – Aplicação dos princípios welzelianos da adequação social e da insignificância” (RT 727/601). No mesmo sentido: TRF, 1.ª Região: RT 726/751, RT 728/658, 731/652; TRF, 2.ª Região: RT 728/661; TRF, 4.ª Região: RT 758/693, 768/725. Não difere dessa posição o Superior Tribunal de Justiça, como já retratado logo no início, com os seguintes adendos: “O resultado penal há de ser relevante. O valor ínfimo das mercadorias apreendidas autoriza a aplicação do princípio da insignificância” (REsp 111.011-AL, 5.ª T., rel. Edson Vidigal, 01.10.1998, v. u., DJ 03.11.1998, p. 187). Idem: REsp 125.846-PE, 5.ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 20.04.1999, v. u., DJ 24.05.1999, p. 184; REsp 167.925-MG, 6.ª T., rel. Luiz Vicente Cernicchiaro, 23.11.1998, v. u., DJ 01.02.1999, p. 242.

86. Princípio da especialidade: quando houver lei específica regulando a importação ou exportação de mercadoria proibida – como é o caso da Lei 11.343/2006 (drogas) –, aplica-se a lei especial em detrimento do art. 334.

87. Competência: Justiça Federal, pois o imposto ou direito a ser recolhido destina-se à União, além de que, na maioria dos casos, ocorre em região alfandegária, cuja jurisdição é federal.

88. Navegação de cabotagem: é a “navegação realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores” (art. 2.º, IX, da Lei 9.432/97).

89. Norma penal em branco: necessita de complemento, feito por legislação específica, autorizando e regulando a navegação de cabotagem. Em especial, regula o transporte aquaviário no território nacional a Lei 9.432/97. Ver, ainda, o disposto no art. 178 da Constituição Federal e na seguinte legislação: Decreto 24.643, de 10.07.1934 (art. 39); Lei 5.025/66 (art. 81) e Decreto-lei 190/67 (art. 1.º).

90. Fato assimilado: é o fato semelhante ao contrabando (importação ou exportação de mercadoria proibida) ou descaminho (não pagamento de imposto devido), previsto em legislação especial. Exemplo disso é o disposto no Decreto-lei 288/67 (tratando da Zona Franca de Manaus): “Art. 39. Será considerado contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes”. Portanto, a pena para quem retirar mercadorias da Zona Franca de Manaus, sem respeitar os requisitos legais, é a mesma do art. 334 do Código Penal, por força da incidência do § 1.º, b.

91. Análise do núcleo do tipo: *vender* (alienar por certo preço); *expor à venda* (deixar à mostra para alienação); *manter em depósito* (conservar em determinado lugar); *utilizar* (fazer uso de algo); *introduzir* (levar para dentro); *importar* (trazer algo de fora do País para dentro de suas fronteiras).

O objeto dessas condutas é a mercadoria estrangeira clandestinamente introduzida no País.

92. Modo de atuação: há de ser no *exercício* (desempenho de algo) de atividade comercial (quanto a esta, ver o § 2.º deste artigo) ou industrial.

93. Mercadoria: ver nota 78 ao *caput*.

94. Conceito de clandestino: significa oculto ou ilegítimo.

95. Conceito de fraudulento: quer dizer onde há emprego de artifício para iludir.

96. Diferença entre “introdução clandestina” e “importação fraudulenta”: nas duas situações, há uma forma de contrabando, embora, no primeiro caso, a mercadoria ingresse no País sem passar pela zona alfandegária. Portanto, penetra no território nacional às ocultas. Na segunda situação, o agente traz a mercadoria para o País, introduzindo-a pela zona alfandegária, mas liberando-a sem o pagamento dos impostos devidos. Em ambas, na primeira figura, o próprio agente que vende, expõe à venda, mantém em depósito ou utiliza em proveito próprio ou alheio, diretamente, introduziu ou importou a mercadoria. Há, ainda, uma segunda figura, quando o agente pratica as condutas típicas valendo-se de produto introduzido ou importado por outra pessoa.

97. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Na segunda figura (vender, expor à venda, manter em depósito ou utilizar em proveito próprio ou alheio mercadoria estrangeira que *sabe* ser produto de introdução clandestina ou importação fraudulenta), exige-se dolo direto. Não existe a forma culposa.

98. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que exige sujeito ativo especial, não podendo ser cometido por qualquer pessoa), consistente em ser comerciante ou industrial; material (delito que exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em receber vantagem) nas formas “vender” e “utilizar”, mas formal (delito que não exige resultado naturalístico) nas modalidades “expor à venda”, “manter em depósito”; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado) nas formas “vender” e “utilizar”, mas permanente (cuja consumação se arrasta no tempo) nas modalidades “expor à venda” e “manter em depósito”; unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente.

99. Análise do núcleo do tipo: *adquirir* (obter ou comprar); *receber* (aceitar em pagamento ou acolher); *ocultar* (esconder ou encobrir). O objeto é a mercadoria de origem estrangeira sem documentação válida.

100. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, acompanhado do elemento subjetivo específico, que é o proveito próprio ou de terceiro. Não há a forma culposa. Na figura pertinente à documentação falsa, exige-se dolo direto (“que *sabe* serem falsos”).

101. Modo de atuação: ver nota 92 à alínea anterior.

102. Mercadoria: ver nota 78 ao *caput*.

103. Documentação: trata-se de uma receptação específica para o contexto do contrabando ou descaminho. Quem adquirir mercadoria *sem* a documentação *legal* (como a nota fiscal) ou acompanhada de documentos *falsos* (imitadores dos verdadeiros), está favorecendo a prática do contrabando ou descaminho, razão pela qual deve responder exatamente como ocorre com a pessoa que adquire coisa que sabe ser produto de crime (art. 180, CP).

104. Confronto com a receptação: tratando-se de crime específico e doloso, quando a pessoa, exercendo atividade comercial ou industrial, adquirir, receber ou ocultar mercadoria estrangeira sem documentação válida, pratica o crime previsto neste artigo. Entretanto, se fizer o mesmo fora da atividade comercial ou industrial, bem como se agir culposamente, pode responder pelo delito previsto no art. 180 do Código Penal. Ver, no entanto, a nota 107, tratando da exigência da habitualidade.

105. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo especial ou qualificado, que precisa ser comerciante ou industrial); material (delito que exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em ter vantagem patrimonial); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em

momento determinado) nas formas “adquirir” e “receber”, mas permanente (cuja consumação se prolonga no tempo) na forma “ocultar”; unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstancial (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa.

106. Figura de equiparação: evitando-se interpretações benéficas e excludentes de responsabilidade ao sujeito que lida com mercadorias de origem estrangeira, produtos de contrabando ou descaminho, em atividade restrita e sem ter estabelecimento comercial, o § 2.º equiparou ao comerciante regularmente estabelecido a pessoa que também comercializa as referidas mercadorias, embora em contexto residencial ou limitado. Pode-se considerar, portanto, o vendedor ambulante, a pessoa que comercializa na empresa onde trabalha, até chegar ao indivíduo que se vale de sua própria casa para tanto.

107. Habitualidade: tanto neste parágrafo quanto no anterior, toda vez que se menciona “no exercício de atividade comercial” ou “no exercício de atividade industrial”, bem como “exercido em residência”, está-se referindo ao crime habitual, aquele que necessita, para sua configuração, de condutas reiteradas no tempo, de modo a concretizar um estilo de vida. Assim, não é a pessoa que, eventualmente, adquire algo de procedência ilícita que responderá pelos delitos do § 1.º deste artigo. Quer-se punir o sujeito que, habitualmente, entrega-se ao comércio (termo que, por si só, implica em habitualidade) desse tipo de mercadoria. Por isso, não configurada a conduta habitual, pode responder o autor por receptação (art. 180, CP), que é crime instantâneo.

108. Causa de aumento: eleva-se a pena do agente para o dobro caso o contrabando ou descaminho seja praticado por via aérea, tendo em vista a maior dificuldade de se detectar o ingresso ou a saída irregular das mercadorias. De fato, quem invade o País transportado por avião tem menor probabilidade de ser fiscalizado do que a pessoa que segue pela via terrestre. Mas deve-se ponderar que os vôos regulares de companhias aéreas estabelecidas, que passam por zona alfandegária, não podem incidir neste parágrafo, uma vez que a fiscalização pode ser rígida. Refere-se o aumento, pois, aos vôos clandestinos.

109. Procedimento administrativo e ação penal: atualmente, pode-se vincular o ajuizamento de ação penal ao término de procedimento administrativo instaurado para apurar a sonegação fiscal decorrente da importação ou exportação de mercadoria. E é preciso considerar que, havendo plena quitação do imposto devido à Receita Federal, não se mantém a justa causa para a ação penal. O descaminho, por ausência de dolo, não subsiste, devendo, pois, ser trancada a ação penal ou o inquérito policial. Não se trata de extinção da punibilidade, como estabelecido no art. 34 da Lei 9.249/95, embora seja matéria controversa, pois esta norma faz referência expressa apenas aos crimes definidos na Lei 8.137/90 e na Lei 4.729/65, que não cuidam do descaminho. As causas de extinção da punibilidade não comportam, em nosso entendimento, analogia *in bonam partem*. Entretanto, o agente que paga o devido à Receita Federal, em virtude de importação de mercadoria, demonstra sua intenção de não frustrar o recolhimento do imposto, merecendo tal conduta ser considerada para descaracterizar o dolo. O mesmo se diga quando nem mesmo a esfera administrativa apurou se houve descaminho. Confira-se: STJ: “A Turma, por maioria, entendeu que

não há justa causa para a ação penal quanto ao crime de descaminho quando ainda sequer foi formalizado o auto de infração e, conseqüentemente, o crédito tributário não está devidamente constituído, ao tempo do recebimento da denúncia. Apenas com a decisão definitiva do procedimento tributário administrativo, faz-se líquido o crédito tributário. Precedentes citados do STF: HC 89.983-PR, DJ 30.03.2007; do STJ: HC 48.805-SP, DJ 19.11.2007; HC 49.524-RJ, DJ 09.10.2006, e RHC 19.174-RJ, DJ 28.04.2008.” (STJ, HC 109.205-PR, 6ª. T., rel. Jane Silva, 02.10.2008).

110. Prova pericial: é exigida, desde que haja dúvida quanto à origem estrangeira da mercadoria. Nesse sentido: TRF, 5.ª Região: “Impossibilidade de se considerar estrangeira a mercadoria, quando a perícia não pode indicar o país de sua fabricação” (Ap. 5.238.608-SE, 3.ª T., rel. Nereu Santos, 14.05.1998, v. u., DJ 06.07.1998, p. 451).

111. Crime impossível: configura-se a hipótese do art. 17 do Código Penal quando o agente, ao ingressar no País, fez constar, expressamente, na declaração de bagagem a mercadoria proibida que trazia. Se a fiscalização tinha conhecimento, não se pode falar em contrabando ou descaminho.

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência¹¹²

Art. 335. Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

112. Revogação deste tipo penal pela Lei 8.666/93: o delito de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência foi substituído por lei especial, notadamente pelos seguintes artigos: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”; “Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”; “Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida”; “Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I – elevando arbitrariamente os preços; II – vendendo como verdadeira ou perfeita mercadoria falsificada ou deteriorada; III – entregando uma mercadoria por outra; IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”; “Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de

registro do inscrito: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”.

Inutilização de edital ou de sinal

Art. 336. Rasgar¹¹³⁻¹¹⁵ ou, de qualquer forma,¹¹⁶ inutilizar ou conspurcar edital¹¹⁷ afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal¹¹⁸ empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:¹¹⁹⁻¹²⁰

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

113. Análise do núcleo do tipo: *rasgar* (dividir em pedaços, romper ou desfazer); *inutilizar* (tornar inútil ou destruir); *conspurcar* (macular ou sujar); *violar* (devasar ou profanar); *identificar* (determinar a identidade); *cerrar* (fechar ou encobrir). O objeto das condutas de rasgar, inutilizar e conspurcar é o edital, enquanto o objeto das condutas de violar ou inutilizar é o selo ou sinal.

114. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

115. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

116. De qualquer forma: estabelece a possibilidade de o agente destruir ou macular, total ou parcialmente, o edital.

117. Edital: é o ato escrito emanado de autoridade administrativa ou judicial para dar avisos ou intimações, devendo ser afixado em locais públicos ou de acesso ao público, bem como pela imprensa, a fim de ser conhecido por alguma pessoa determinada ou por vários interessados. Note-se que, transcorrido o prazo de validade do

edital, não pode mais ser objeto material deste delito.

118. Selo ou sinal: é qualquer marca destinada a identificar algo. Ensina Hungria ser “uma tira de papel ou de pano, ou pequena chapa de chumbo, que, contendo (pelo menos) a assinatura, carimbo ou sinete da autoridade competente, se fixa, por meio de cola, tachas, cosedura, lacre, arame etc., em fechaduras, gavetas, portas, janelas, bocas de vasos, frascos, sacos ou caixas, em suma, na abertura de algum *continente*, para garantia oficial de integridade do respectivo *conteúdo*” (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 445). Exemplo de configuração do delito seria o caso do agente que rompe cosedura do testamento cerrado, sem ordem judicial (art. 1.869, CC).

119. Objetos material e jurídico: o objeto material das primeiras condutas (rasgar, inutilizar ou conspurcar) é o edital; das outras (violar ou inutilizar) é o selo ou sinal identificador ou que cerra algo. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos interesses patrimonial e moral.

120. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a administração); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); de dano (consuma-se apenas com efetiva lesão a um bem jurídico tutelado); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

Subtração ou inutilização de livro ou documento

Art. 337. Subtrair,¹²¹⁻¹²³ ou inutilizar, total ou parcialmente,¹²⁴ livro oficial, processo ou documento¹²⁵ confiado à custódia¹²⁶ de funcionário, em razão de ofício,¹²⁷ ou de particular em serviço público:¹²⁸⁻¹³⁰

Pena – reclusão, 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.¹³¹

121. Análise do núcleo do tipo: *subtrair* (retirar ou tirar às escondidas) ou *inutilizar* (invalidar ou destruir), tendo por objeto livro oficial, processo ou documento. Esse tipo penal busca punir aquele que, em vez de cuidar, com zelo, de coisas que lhe são confiadas, termina por subtraí-las ou inutilizá-las.

122. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, pode-se falar também na pessoa prejudicada.

123. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

124. Formas de inutilização: menciona o tipo penal que a destruição pode ser *total* (completa, abrangendo o todo) ou *parcial* (não completa, abrangendo partes), o que torna mais difícil a tentativa, já que inutilizar parcialmente é considerado crime consumado.

125. Livro oficial, processo ou documento: *livro oficial* é o livro criado por força de lei para registrar anotações de interesse para a Administração Pública. O termo *processo*, como bem anotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, significa “uma série de atos coordenados para a realização dos fins estatais”, podendo-se falar em “processo legislativo, pelo qual o Estado elabora a lei”, “processo judicial e administrativo,

pelos quais o Estado aplica a lei” (*Direito administrativo*, p. 481). Logo, a sua utilização no tipo penal refere-se aos *autos*, que é o conjunto das peças componentes do processo, incluindo-se, nesse contexto, também os autos de processo findo. *Documento* é qualquer escrito, instrumento ou papel, de natureza pública ou privada.

126. Confiado à custódia: significa que o livro, processo ou documento foi entregue ao funcionário, em confiança, para ser guardado.

127. Em razão do ofício: o livro, processo ou documento somente chegou às mãos do funcionário em razão do seu cargo. Logo, não se inclui neste tipo penal o sujeito que subtrai livro oficial de pessoa que não o retém por conta da sua função.

128. Particular em serviço público: excepcionalmente, pode-se encontrar um particular atuando em função pública, como, por exemplo, o perito judicial nomeado que recebe documentos para realizar um exame. Assim, configura-se este tipo penal quando alguém subtrai ou inutiliza tais papéis.

129. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser um livro oficial, um processo ou um documento. O objeto jurídico é a Administração Pública, nos seus interesses material e moral.

130. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo para a Administração); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código

Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (aquele que pode ser praticado por um só agente); plurissubistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

131. Crime subsidiário: somente se pune a conduta descrita neste tipo penal caso não se configure delito mais grave (arts. 305, 314 ou 356).

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir¹³²⁻¹³⁴ ou reduzir contribuição¹³⁵ social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir¹³⁶ de folha de pagamento¹³⁷ da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado,¹³⁸ empresário,¹³⁹ trabalhador avulso¹⁴⁰ ou trabalhador autônomo¹⁴¹ ou a este equiparado¹⁴² que lhe prestem serviços;¹⁴³⁻¹⁴⁴

II – deixar¹⁴⁵ de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador¹⁴⁶ ou pelo tomador de serviços;¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

III – omitir,¹⁴⁹ total ou parcialmente, receitas¹⁵⁰ ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias;¹⁵¹⁻¹⁵³

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1.º É extinta a punibilidade¹⁵⁴⁻¹⁵⁵ se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2.º É facultado ao juiz deixar de aplicar¹⁵⁶ a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – (Vetado.);

II – o valor das contribuições¹⁵⁷ devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.¹⁵⁸

§ 3.º Se o empregador¹⁵⁹ não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R\$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de 1/3 (um terço) até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4.º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado¹⁶⁰ nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

132. Análise do núcleo do tipo: *suprimir* (eliminar ou fazer desaparecer) ou *reduzir* (diminuir) são as condutas típicas, tendo por objeto a contribuição social previdenciária e seus acessórios. A supressão e a redução devem ser conjugadas com as condutas previstas nos incisos. Merece crítica o verbo *suprimir* utilizado, pois somente o legislador pode fazer *desaparecer* o tributo. O que se quis dizer foi *não pagar* a contribuição previdenciária, o que é diferente de suprimi-la.

133. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o “titular de firma individual, os sócios solidários, os gerentes, diretores ou administradores que efetivamente tenham participado da administração da empresa a ponto de concorrer de maneira eficaz para a conduta punível” (Eros Piceli, ob. cit., p. 29). O sujeito passivo é o Estado, especificamente o INSS. Esta análise vale para todos os incisos, com os quais se conjugam as condutas *suprimir* e *reduzir*.

134. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Cremos haver a exigência, como em todo delito de natureza fiscal, do elemento subjetivo específico, que é a vontade de

fraudar a previdência, deixando de pagar a contribuição. Não existe a forma culposa. Embora não diga respeito à sonegação de contribuição previdenciária, o princípio de exigência do dolo específico é o mesmo: TJSP: “Sonegação fiscal – Não caracterização – Falsificação das autenticações mecânicas em guias de recolhimento de IPVA – Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo de proprietários de veículos – Ausência de dolo específico de lesar a Fazenda Pública – Absolução” (Ap. Crim. 192.179-3-Araçatuba, 3.^a C., rel. Cerqueira Leite, 28.04.1997, v. u.); TRF, 5.^a Região: “É necessária a prova inequívoca da ocorrência de dolo específico, consistente no especial fim de agir o réu com intenção de não restituir aos cofres públicos o IPI não recolhido” (*Lex* 94/637). O elemento subjetivo vale para todos os incisos, que são meras conjugações com as condutas do *caput* (suprimir ou reduzir).

135. Contribuição previdenciária: são espécies de tributos, subordinando-se aos mesmos princípios que regem o fenômeno tributário no direito, como diz Aliomar Baleeiro (*apud* Wagner Balera, *Curso de direito previdenciário*, p. 45).

136. Análise do núcleo do tipo: o núcleo, como já visto em nota anterior, é composto da supressão ou redução da contribuição social previdenciária associada à omissão (não menção) de segurados – empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo ou equiparado que preste serviço – da folha de pagamento. Tal conduta certamente provoca a sonegação do tributo devido. Trata-se da renovação, com modificação, do antigo art. 95, *a*, da Lei 8.212/91. A alteração deveu-se ao fato de que, na norma revogada, considerava-se crime a mera omissão da folha de pagamento, sendo que, atualmente, cuida-se da figura típica fazendo expressa referência ao

resultado, que é a supressão ou redução da contribuição paga, gerando prejuízo para a previdência.

137. Folha de pagamento: “é o montante total da remuneração que o empregador irá pagar aos trabalhadores colocados a seu serviço. (...) Incidirá, assim, a contribuição sobre todos os valores pagos pelas empresas aos que exercem atividade remunerada a qualquer título e com ela estão relacionados”, inclusive o *pro labore* dos sócios e dos diretores que não sejam empregados” (Wagner Balera, *ob. cit.*, p. 47).

138. Empregado: é a “pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (art. 3.^o, *caput*, CLT), ou a “pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário” (art. 2.^o da Lei 5.889/73).

139. Empresário: é o “titular de firma individual urbana ou rural, diretor não empregado (sem subordinação), membro do conselho de administração das S/A, sócios que participam da gestão ou recebem remuneração em empresa urbana ou rural” (Eros Piceli, *ob. cit.*, p. 16).

140. Trabalhador avulso: é o “trabalhador urbano ou rural sem vínculo, a diversas empresas, com intermediação do sindicato da categoria. Ex.: estivador ou qualquer trabalhador, como o rural que é colocado em atividade por força de sindicato” (Eros Piceli, *ob. cit.*, p. 17).

141. Trabalhador autônomo: é aquele que “presta serviços de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego. Ex.:

pedreiro, consertador de cerca”. Pode ser, ainda, a “pessoa física que exerce por conta própria atividade urbana, com ou sem fim lucrativo. Ex.: dentista, médico, advogado, taxista condutor e auxiliar autônomo de veículo rodoviário, ambulante, feirante, membro de conselho fiscal de S. A., oficial de cartórios extrajudiciais a partir da Lei 8.935/94, construtor, médico-residente” (Eros Piceli, ob. cit., p. 17).

142. Equiparado a autônomo: é o “empregador rural pessoa física (atividade agro-econômica ou pesqueira com empregados permanentes), garimpeiro, com ou sem empregados, ministro de confissão ou ordem religiosa por ela mantido, aposentado de qualquer regime nomeado classista da justiça trabalhista ou eleitoral” (Eros Piceli, ob. cit., p. 17).

143. Objetos material e jurídico: o objeto material é a folha de pagamento. O objeto jurídico é a seguridade social.

144. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência social. Entretanto, deixando de arrecadar o que lhe é devido, certamente os serviços de seguridade social podem ser prejudicados. Cremos que alguns delitos omissivos têm força para *causar* resultados. É a situação presente. A fonte de custeio da previdência diminui e seu patrimônio também quando o devedor deixa de pagar o tributo devido. Logo, valendo-se da especial vontade de fraudar o Fisco, o sujeito embolsa quantia que juridicamente devia ter sido destinada ao Estado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (os verbos *suprimir* e *omitir* devem ser interpretados conjugadamente, razão pela qual, unidos,

implicam em abstenção, e não em ação). Fosse somente o verbo *suprimir* e poder-se-ia falar em crime comissivo. Entretanto, neste caso, o agente deixa de pagar o tributo devido porque não coloca na folha de pagamento o segurado. Assim, é pura omissão. É crime instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado, que é o da data estipulada, em lei, para o pagamento da contribuição); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação é composta por um ato, sem fracionamento); não admite tentativa.

145. Análise do núcleo do tipo: deve-se analisar o não lançamento conjuntamente com a supressão ou redução da contribuição social previdenciária. Assim, o agente que não fizer constar nos títulos de contabilidade da empresa as quantias que descontou dos segurados ou devidas pelo empregador ou tomador de serviços, está sonegando. É figura que equivale ao revogado art. 95, b, da Lei 8.212/91.

146. Empregador: é “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (Wagner Balera, ob. cit., p. 46) E diz, ainda, o autor que empresa e empregador constituem termos de idêntico sentido.

147. Objetos material e jurídico: o objeto material é o título próprio da contabilidade da empresa. O objeto jurídico é a Seguridade Social.

148. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência social. Entretanto, deixando de arrecadar o que lhe é devido, certamente

os serviços de seguridade social são prejudicados. cremos que alguns delitos omissivos têm força para *causar* resultados. É a situação presente. A fonte de custeio da previdência diminui e seu patrimônio também quando o devedor deixa de pagar o tributo devido. Logo, valendo-se da especial vontade de fraudar o Fisco, o sujeito embolsa quantia que juridicamente devia ter sido destinada ao Estado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (os verbos *suprimir* e *deixar de lançar* devem ser interpretados conjugadamente, razão pela qual, unidos, implicam em abstenção, e não em ação). Fosse somente o verbo *suprimir* e poder-se-ia falar em crime comissivo. Entretanto, neste caso, o agente deixa de pagar o tributo devido porque não coloca nos títulos contábeis da empresa as quantias descontadas dos segurados ou devidas por terceiros. Assim, é pura omissão. É crime instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado, que é o da data estipulada, em lei, para o pagamento da contribuição); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação é composta por um ato, sem fracionamento); não admite tentativa.

149. Análise do núcleo do tipo: o núcleo, como já visto em nota anterior, é composto da supressão ou redução da contribuição social previdenciária associada à *omissão* (não menção) de receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e outros fatos geradores de contribuições previdenciárias. Trata-se de tipo penal equivalente à revogada figura do art. 95, c, da Lei 8.212/91.

150. Receitas ou lucros auferidos: a receita é o faturamento da empresa ou do empregador, que significa o ganho bruto das

vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, não se integrando nesta o “valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal” e o “valor das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente” (art. 2.º da Lei Complementar 70/91). A folha de salários já não servia de base única para a contribuição à seguridade social, pois a aceleração da substituição do homem pela máquina fez cair a folha de pagamentos. Surgem novas fontes de custeio, que são o faturamento e o lucro. Cabe à empresa fornecer fundos para a seguridade social porque provoca despesas com o exercício da sua atividade, que gera riscos para o trabalhador. Esses riscos implicam no pagamento de benefícios e na organização de vários serviços em benefício do trabalhador (Balera, ob. cit., p. 49-51).

151. Objetos material e jurídico: o objeto material é a receita, o lucro auferido, a remuneração paga ou creditada ou outro fato gerador de contribuição previdenciária. O objeto jurídico é a seguridade social.

152. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a previdência social. Entretanto, deixando de arrecadar o que lhe é devido, certamente os serviços de seguridade social são prejudicados. cremos que alguns delitos omissivos têm força para *causar* resultados. É a situação presente. A fonte de custeio da previdência diminui e seu patrimônio também quando o devedor deixa de pagar o tributo devido. Logo, valendo-se da especial vontade de fraudar o Fisco, o sujeito embolsa quantia que juridicamente devia

ter sido destinada ao Estado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); omissivo (os verbos *suprimir* e *omitir* devem ser interpretados conjugadamente, razão pela qual, unidos, implicam em abstenção, e não em ação). Fosse somente o verbo *suprimir* e poder-se-ia falar em crime comissivo. Entretanto, neste caso, o agente deixa de pagar o tributo devido porque não menciona à previdência a receita, lucro, remuneração paga ou creditada ou outro fato gerador. Assim, é pura omissão. É crime instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado, que é o da data estipulada, em lei, para o pagamento da contribuição); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação é composta por um ato, sem fracionamento); não admite tentativa.

153. Competência: é da Justiça Federal e a ação é pública incondicionada.

154. Causa de extinção da punibilidade: exigem-se, para que a punibilidade do agente da sonegação de contribuição previdenciária seja afastada, os seguintes requisitos: a) declaração do valor devido (demonstrar à previdência o montante que deveria ser recolhido, mas não foi pela omissão de dados praticada); b) confissão da prática delituosa, isto é, a admissão de ter omitido dados da folha de pagamento ou de documento de informações, de ter deixado de lançar nos títulos próprios as quantias descontadas ou de ter omitido receitas e lucros auferidos, entre outras fontes geradoras de contribuições. Em verdade, o termo usado não é o mais adequado, pois *confessar* significa “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autori-

dade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso” (Guilherme de Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 80). Não é isso o que necessariamente ocorre, uma vez que, para a existência da confissão, pede-se que o indivíduo já seja considerado suspeito ou acusado pelo Estado. Ora, o próprio parágrafo prevê que a “confissão” necessita ser feita *antes do início da ação fiscal*, logo, antes de o Estado ter dado início à cobrança judicial da dívida. Assim, é bem possível que ainda não exista inquérito ou ação penal, de forma que o melhor teria sido mencionar a “autodenúncia”, isto é, a admissão do cometimento de um fato criminoso (as omissões que levaram à sonegação ou redução das contribuições), sem que o Estado já tenha eleito o sujeito como suspeito ou acusado. Embora vulgarmente se utilize o termo *confissão* para designar qualquer tipo de admissão de culpa, cremos que, na construção do tipo penal, deveria haver maior precisão terminológica; c) prestar as informações devidas (além de declarar o devido, precisa esclarecer a previdência social a respeito da sua real situação, para que os próximos recolhimentos sejam corretamente efetuados); d) espontaneidade (sinceridade na declaração, demonstrando arrependimento, agindo sem subterfúgios). Em direito penal, como já foi visto por ocasião do estudo da desistência voluntária e da atenuante da confissão espontânea, o termo “espontaneidade” é diferente de “voluntariedade”. Significa arrependimento, vontade de efetivamente colaborar com o Estado para sanar o desvio cometido. Outra interpretação seria ilógica, ou seja, dizer que “espontâneo” é o mesmo que “voluntário” seria negar o próprio conteúdo das condutas “declarar” e “confessar”. Ora, a pessoa que declara, confessa e presta as declarações devidas naturalmente o faz de maneira

voluntária, sem coação. Se for coagida a fazê-lo, não está confessando, pois a admissão de culpa involuntária não pode ser ato considerado juridicamente válido. E mais: a confissão somente pode ser voluntária, pois, não fosse assim, e estaria o direito aceitando a admissão de culpa sob tortura, por exemplo, o que é uma inconseqüência. Pode-se até dizer que, vulgarmente, confissão é o simples reconhecimento da culpa, em qualquer circunstância, mas não para provocar efeito jurídico. Embora admitindo que há diferença entre *voluntariedade* e *espontaneidade*, Luiz Regis Prado sustenta que houve incorreta redação do legislador, utilizando o termo *espontaneamente* em lugar de *voluntariamente*, merecendo haver correção, pelo intérprete, no momento da aplicação. Alega que o ato voluntário também deve comportar a extinção da punibilidade, valendo-se da interpretação extensiva para que se dê o devido alcance à norma (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 573). Não nos parece deva o intérprete alterar, quando da aplicação da norma, a sua redação, fazendo valer a *voluntariedade* em vez da *espontaneidade*, pois, como já mencionado acima, se o agente *declara* e *confessa* a dívida já o faz voluntariamente, por questão de lógica, sendo inadmissível supor que a lei contenha palavras inúteis. Logo, preferiu o legislador demandar, também, a espontaneidade, isto é, que o devedor o faça sem qualquer subterfúgio, somente para beneficiar-se do favor legal; e) agir antes do início da ação fiscal, entendida esta como a descoberta da dívida e ajuizamento da cobrança pelo INSS da contribuição devida. Logo, não se vincula esta causa de extinção da punibilidade ao oferecimento de denúncia, mas sim à atuação do Fisco. Não há óbice a tal condição, eleita pelo legislador, como já se disse, embora seja estranha. Antes de comentar o equívoco nas exigências realizadas, é preciso considerar

que a causa de extinção da punibilidade *deixou de prever* a necessidade de efetuar o pagamento do montante devido. O § 1.º menciona, simplesmente, que o agente deve *declarar e confessar* o que deve, bem como *prestar as informações devidas* à previdência. Pagar, não precisa. Logo, caberia extinção da punibilidade ao sujeito que admite o débito, confessa a sonegação e informa os dados necessários, mas nada paga, obrigando o Fisco a ingressar com a ação cabível. Vemos evidente falha na redação do dispositivo, embora não se possa corrigi-lo por meio da interpretação. Ainda que se admita a interpretação extensiva em direito penal, não é o caso. Trata-se de verdadeira lacuna, uma vez que absolutamente nada se falou a respeito do pagamento. Então, a única maneira de sanar o equívoco seria aplicando a analogia com o disposto no § 2.º do art. 168-A, o que é indevido, já que a analogia *in malam partem* é vedada. Portanto, beneficiado foi o sonegador que se livra da ação penal única e tão-somente pela sua declaração de dívida e admissão de culpa. Por outro lado, tendo sido vetado o inciso I do § 2.º deste artigo, não se tem o mesmo parâmetro exibido pelo inciso I do § 3.º do art. 168-A, isto é, não há permissão para aplicar perdão ou privilégio a quem já deu causa à instauração da ação fiscal, mas ainda não foi denunciado. Logo, interpretando-se literalmente esse dispositivo, vislumbra-se que o agente, declarando seu débito e admitindo sua culpa, *antes da ação fiscal*, tem direito à extinção da punibilidade, ainda que a ação penal já tenha tido início. No art. 168-A defendemos o contrário, mas tínhamos como suporte a situação gerada pelo inciso I do § 3.º, ou seja, se não cabe perdão judicial, nem privilégio, para quem *ainda não foi denunciado*, logicamente não pode caber o mais, que é a extinção da punibilidade. No caso presente, perdendo-se esse paralelo de comparação, cremos ser

admissível a extinção da punibilidade, desde que os requisitos do § 1.º tenham sido preenchidos e mesmo que a ação penal já esteja em andamento, mas não a ação fiscal. Em se tratando de causa extintiva da punibilidade, não há como operar a analogia *in malam partem*, trazendo para o art. 337-A o disposto no art. 168-A, vale dizer, aplicando a mesma regra que impediria a mencionada extinção da punibilidade, quando a ação penal tivesse início.

155. Não aplicação do art. 34 da Lei 9.249/95: o Supremo Tribunal Federal considerava aplicável à hipótese do não recolhimento de contribuições previdenciárias a causa de extinção da punibilidade prevista na referida lei. Entretanto, naquela hipótese, era preciso pagar toda a dívida antes do recebimento da denúncia. Ora, existindo causa específica para o crime previdenciário, em nossa visão, não mais tem cabimento a aplicação do mencionado art. 34. Portanto, deixando de pagar o devido até a ação fiscal ter início, já não se deve considerar extinta a punibilidade caso o recolhimento seja efetuado antes da denúncia. Há posição em sentido contrário, aceitando a aplicação do referido art. 34.

156. Perdão judicial ou figura privilegiada: criou-se, com o § 2.º, uma hipótese alternativa de perdão judicial (“deixar de aplicar a pena”) ou de privilégio (aplicação somente da multa). Mas há requisitos a respeitar: a) primariedade; b) bons antecedentes. Sobre os conceitos de primariedade e bons antecedentes, remetemos o leitor aos comentários aos arts. 63 (primariedade) e 59 (antecedentes), sabendo-se, desde logo, que primário é o sujeito que não é reincidente (o conceito é feito por exclusão) e possui bons antecedentes aquele não os ostenta negativos (mais uma vez o conceito é feito

por exclusão); c) respeitar o teto estabelecido pela previdência social como sendo o mínimo para o ajuizamento de executivo fiscal, conforme se verá na nota seguinte.

157. Valor devido de pouca monta: essa hipótese para a aplicação do perdão judicial ou do privilégio é ser o montante devido aos cofres previdenciários igual ou inferior ao estabelecido pela própria previdência, *administrativamente* (o que prescinde de lei), para justificar uma execução fiscal. Se o Fisco não tem interesse em cobrar judicialmente o valor, não há cabimento para a atribuição de penalidades severas ao agente. Houve época em que o Fisco considerou como valor considerado inócuo para a execução fiscal o montante de R\$ 1.000,00 (art. 1.º, I, da Lei 9.441/97). A Portaria MPS 296/2007 considera incabível o ajuizamento das execuções fiscais de dívida ativa do INSS de valor até R\$ 10.000,00. Não se deve confundir, no entanto, pequeno valor, não justificador da ação fiscal do Estado, com *valor ínfimo*. Este último permite a configuração do crime de bagatela, isto é, a aplicação do princípio da insignificância, que torna atípica a conduta de não recolher ou repassar quantia ínfima à Previdência Social.

158. Critério para a escolha do juiz: tendo em vista que o legislador previu hipótese alternativa (perdão ou privilégio), mas impôs condições cumulativas, é preciso distinguir quando o magistrado deve aplicar o perdão judicial e quando deve aplicar somente a multa. Assim, para um ou para outro benefício demandam-se primariedade, bons antecedentes e pequeno valor das contribuições devidas. Parece-nos que a escolha deve fundar-se nos demais elementos norteadores, sempre, da análise do agente do crime, que são as circunstâncias judiciais do art. 59. Dessa forma, a

verificação da personalidade e da conduta social do autor, dos motivos do delito e das circunstâncias e conseqüências da infração penal, que constituem a culpabilidade, maior ou menor reprovação social do que foi feito, levarão o juiz à decisão mais justa: perdão ou multa.

159. Causa de diminuição da pena ou privilégio: em outra hipótese, prescindindo da primariedade e dos bons antecedentes, caso seja o empregador pessoa física e possuidor de folha de pagamento que não supere determinado valor (ilustrando: R\$ 2.118,00, em 2003), é possível, tendo havido sonegação de contribuição previdenciária, a redução da pena de um terço até a metade *ou* pode simplesmente ser aplicada a multa. A opção pela diminuição da pena ou pela aplicação do privilégio, que é substituir a pena privativa de liberdade pela pecuniária, deve obedecer aos critérios do art. 59, que são as circunstâncias judiciais. Por outro lado, a redução, que é variável (um terço até a metade), merece pautar-se pelo valor da sonegação. Assim, as circunstâncias judiciais do art. 59 serviriam para a escolha entre um dos dois benefícios, enquanto o montante do valor devido permitiria a opção pelo *quantum* de redução.

160. Reajuste do valor de referência da folha de pagamento: trata-se de norma benéfica ao réu, pois, quanto maior for o valor da folha de pagamento, mais cresce a possibilidade de receber um dos dois benefícios. Assim, quando reajustados os benefícios da previdência social, que têm correlação com o salário mínimo, corrige-se também esse montante. O legislador já utilizou semelhante critério para proteger valores pecuniários no Código Penal, no art. 49, § 2.º, em relação à aplicação da correção monetária à pena de multa.

Capítulo II-A

DOS CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA¹

Corrupção ativa em transação comercial internacional²

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar,³⁻⁸ direta ou indiretamente,⁹ vantagem indevida¹⁰ a funcionário público estrangeiro,¹¹ ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício¹² relacionado a transação comercial internacional:¹³⁻¹⁶

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.¹⁷

1. Origem das novas figuras típicas: em 17.12.1997, foi concluída, em Paris, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, assinada, inicialmente, pelos seguintes países: Alemanha, Irlanda, Argentina, Islândia, Austrália, Itália, Áustria, Japão, Bélgica, Luxemburgo, Brasil, México, Bulgária, Noruega, Canadá, Nova Zelândia, Chile, Holanda, Coreia, Polônia, Dinamarca, Portugal, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos, Eslovênia, Finlândia, Suécia, França, Suíça, Grécia, República Tcheca, Hungria e Turquia. No seu preâmbulo, deixou estatuído que a finalidade era punir a corrupção de funcionários estrangeiros, no âmbito das transações comerciais internacionais, “considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e

o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade”. Entrou em vigor internacional no dia 15.02.1999. O Congresso Nacional aprovou a referida Convenção por meio do Decreto Legislativo 125, de 14.06.2000. Após, o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação à mencionada Convenção em 24.08.2000, passando a vigorar no Brasil em 23.10.2000. Por isso, era necessário tipificar as condutas que seriam condizentes com o texto da recém-aprovada Convenção, tendo por finalidade o combate à corrupção nas transações comerciais internacionais. Resta saber, como sempre ocorre no Brasil, se haverá instrumentos suficientes e eficazes para tanto, pois o grande dilema, no contexto da corrupção, é justamente a ausência de mecanismos eficientes para detectá-la, colhendo provas, sob o crivo do devido processo legal, a fim de punir seus autores. Espera-se que tal desiderato seja atingido.

2. Figura típica similar: trata-se do crime de corrupção ativa (art 333, CP).

3. Análise do núcleo do tipo: *prometer* significa obrigar-se a dar algo a alguém; *oferecer* quer dizer propor ou apresentar para que seja aceito; *dar* tem o significado de entregar a posse de algo, passar às mãos de alguém, ceder como presente. O objeto das condutas é a vantagem indevida, para que o funcionário público estrangeiro ou terceira pessoa possa *determinar* (prescrever ou estabelecer) a *praticar* (executar ou levar a efeito), *omitir* (não fazer) ou *retardar* (atrasar) ato de ofício. Nota-se que este tipo penal incluiu a conduta de *dar*, que é nitidamente material, gerando resultado naturalístico, o que não ocorre com o delito previsto no art. 333 (corrupção ativa), que somente possui as condutas formais (oferecer e prometer). Além disso, enquanto

no delito de corrupção ativa menciona-se apenas o funcionário público, neste caso há ainda a inclusão de *terceira pessoa*, abrindo a possibilidade de se punir alguém que consiga, mediante o oferecimento de uma quantia indevida qualquer, a atividade de sujeito não vinculado à Administração, mas que pode nela influir, para o fim de prejudicar ato de ofício inerente a transação comercial. Amplia-se, com isso, a possibilidade de punição, pois não é só o funcionário público estrangeiro que está habilitado a prejudicar a Administração Pública estrangeira, mas também outros que a ela tenham, de algum modo, acesso. Aliás, essas inclusões guardam harmonia com o texto da Convenção, que assim dispõe: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais”.

4. Tipo misto alternativo: a prática das condutas previstas no tipo podem ser isoladas ou cumuladas, implicando em um único crime. Assim, caso o sujeito prometa, ofereça e depois dê uma vantagem indevida, pratica delito único e não concurso material de infrações.

5. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica prejudicada, incluindo-se o Estado (nacional ou estrangeiro). Para Paulo José da Costa

Jr., nas modalidades *prometer e oferecer* é também sujeito passivo, embora mediato, o funcionário público (*Comentários ao Código Penal*, 7. ed., p. 1.078). Assim não nos parece, pois a parte lesada não é jamais o funcionário, até porque essas duas condutas são formais, independentemente de qualquer resultado naturalístico. Quem sofre o prejuízo é a pessoa que, em face do ato de ofício omitido ou praticado de modo indevido, termina sofrendo percalços na transação comercial internacional. E, ainda que o ato de ofício seja regularmente praticado, o sujeito passivo continua a ser a pessoa que poderia sofrer o prejuízo, pois o objeto jurídico protegido é a moralidade das relações internacionais, no que tange às transações comerciais.

6. Pessoa jurídica como sujeito ativo: defendemos a possibilidade de a pessoa jurídica responder por crime, como nos casos de delitos ambientais, embora não na hipótese deste art. 337-B, tendo em vista que deveria sempre haver norma penal interna específica a respeito. Inexiste autorização expressa para a responsabilização da pessoa jurídica. Convém, no entanto, ressaltar que a Convenção firma o entendimento de que devem os países signatários garantir a punição da pessoa jurídica pela corrupção de funcionários públicos estrangeiros: “Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos” (artigo 2). Logicamente, dentre os países que aderiram à referida Convenção, há divergências no tocante a essa possibilidade. Estados Unidos, França, Japão e Austrália, por exemplo, podem criar medidas punitivas criminais para as pessoas jurídicas que corrompam funcionários estrangeiros, pois seus sistemas jurídicos acolhem essa possibilidade,

enquanto outros podem não fazê-lo. Por isso, o texto estabelece uma ressalva: “Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas as sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras” (artigo 3.2).

7. Participação: a Convenção sugere que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito criminal” (artigo 1.2). Temos possibilidade de punir o partícipe (moral ou material), conforme prevê o art. 29 do Código Penal. Assim, qualquer pessoa que instigue, incentive, aconselhe, sirva de mecanismo de transmissão de mensagens, enfim, dê suporte àquele que pretende corromper o funcionário estrangeiro deve responder como partícipe. Note-se, pois, que, sendo possível a prática da corrupção por meio indireto, isto é, por interposta pessoa, esta pode ser ou não partícipe, conforme o caso concreto. Se souber que está transmitindo promessa, oferta ou levando alguma vantagem a funcionário, no intuito de colaborar com a obtenção de vantagem ilícita, responde pelo crime. Mas, caso seja usada somente como transmissor de mensagem, sem noção do que se passa, não será possível a punição, evitando-se a responsabilidade penal objetiva.

8. Elemento subjetivo do tipo: o crime somente é punido na forma dolosa. Exige-se, ainda, elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de fazer com que o funcionário público estrangeiro pratique, omita ou retarde ato de ofício. O

texto da Convenção deixa expresso que o crime só deve ser punido se for praticado *intencionalmente*.

9. Forma de execução: diversamente do tipo penal estabelecido para o crime de corrupção ativa, que não prevê essas formas, este delito expressamente menciona que o agente pode prometer, oferecer ou dar a vantagem indevida de maneira direta (sem interposta pessoa, sem rodeios, de forma clara) ou indireta (por intermédio de interposta pessoa, de forma dissimulada, com rodeios). Favorece, sem dúvida, a punição, pois não permite que se argumente não ter havido qualquer assédio ao funcionário, unicamente porque o agente valeu-se de um cerco tortuoso para chegar ao seu propósito de corrompê-lo.

10. Vantagem indevida: pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial. Não se tratando de delitos patrimoniais, pode-se acolher essa amplitude.

11. Conceito de funcionário público estrangeiro: vide notas ao art. 337-D.

12. Ato de ofício: é o ato inerente às atividades do funcionário, devendo estar na

sua esfera de atribuições, não necessitando ser ilícito.

13. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem prometida, oferecida ou dada. O objeto jurídico, segundo o Código Penal, é a Administração Pública estrangeira, nos seus aspectos material e moral. Convém, entretanto, mencionar a precisa advertência feita por Luiz Regis Prado, criticando a inclusão desses novos tipos penais em capítulo destinado a proteger a “Administração Pública estrangeira”, o que não seria cabível para o país que pune aquele que corrompe funcionário alheio. Assim, tendo sido o tipo penal criado para voltar-se contra o autor de corrupção ativa, o objeto jurídico não pode ser a proteção da administração de outra nação, mas sim a boa-fé, a regularidade e a transparência das transações comerciais internacionais, que “não são bens exclusivos de determinado país, mas pertencem a toda a comunidade internacional. Isso porque os Estados têm interesse na preservação da liberdade no sistema de intercâmbio e no direito de que suas administrações, seus cidadãos e suas empresas não sejam obrigadas a arcar com despesas injustas. Além de um novo bem jurídico a proteger, descortina-se aqui também uma nova forma de proteção: cada Estado exerce jurisdição sobre seus nacionais no intuito de tutelar um bem jurídico que pertence à comunidade internacional” (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 584). Embora concordemos com essa observação, não se pode descurar do aspecto trazido pela Convenção Internacional, ou seja, houve um pacto entre nações para que uma pudesse proteger, por meio de punição realizada em seu território, outra (ou outras) contra atos criminosos de corruptores de funcionários públicos estrangeiros. Logo, está também incluída nesse contexto – mas não somente como colocou o Código Penal

– a Administração Pública estrangeira. Se o Brasil pune aquele que influencia um funcionário público italiano, por exemplo, está protegendo negócios realizados pela Itália, bem como permitindo que este país descubra seus funcionários corruptos (aí está o interesse da Administração Pública estrangeira), tendo, por consequência, a mesma proteção desse país, quando algum italiano influir em funcionário brasileiro para a mesma finalidade.

14. Transação comercial internacional: é qualquer ajuste ou acordo relativo ao comércio concernente a duas ou mais nações, envolvendo pessoas físicas e/ou jurídicas.

15. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo especial ou qualificado); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo material para o Estado); de forma livre (pode ser cometido de qualquer modo, conforme eleição do agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, isto é, cuida-se da aplicação do disposto no art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (crime cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (pode ser cometido por um só indivíduo); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (cometido por meio de vários atos), conforme o modo eleito pelo autor); admite tentativa na forma plurissubsistente. Aliás, quanto à punição da tentativa, trata-se de recomendação expressa feita na Convenção: “A tentativa e a conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e a conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte”.

16. Não configuração de crime bilateral: não se exige, nos moldes da corrupção ativa (art. 333), que esteja devidamente demonstrada a corrupção passiva. Aliás, esta somente seria tipificada no país de origem do funcionário público estrangeiro, interessando à Administração Pública estrangeira a sua punição. Logo, não é delito bilateral.

17. Causa de aumento de pena: o crime, como já expusemos na classificação, pode ser considerado formal (nas formas *prometer* e *oferecer*), bem como material (na modalidade *dar*). Caso o agente apenas prometa ou ofereça vantagem indevida, sem a efetivação da sua entrega, está-se punindo a mera atividade, independentemente de haver resultado naturalístico. Mas, havendo a dação, ocorrerá afetação da boa-fé e da moralidade das relações comerciais internacionais, podendo-se falar em crime de resultado. Ocorre que a tipicidade construída é incongruente, pois, ainda que o agente prometa, ofereça ou dê vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, é possível que este não deixe de praticar seu ato de ofício como a lei determina – ou termine praticando, nos termos legais –, razão pela qual configura-se o crime sem a causa de aumento. A incongruência afigura-se justamente pelo fato de o agente prometer, oferecer ou dar vantagem – consumando o crime –, mas não conseguir atingir a sua finalidade específica. O aumento se torna aplicável com o exaurimento do delito, isto é, já consumado pelo simples oferecimento, promessa ou dação da vantagem, termina provocando o efetivo retardo ou omissão do ato de ofício, ou mesmo a sua prática fora dos ditames legais, motivo pelo qual deve ser mais severamente punido.

Tráfico de influência em transação comercial internacional¹⁸

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter,¹⁹⁻²¹ para si ou para outrem,²² direta ou indiretamente,²³ vantagem ou promessa de vantagem²⁴ a pretexto de influir²⁵ em ato²⁶ praticado²⁷ por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.²⁸⁻³⁰

Pena – reclusão, de 2 (dois) e 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário público estrangeiro.³¹

18. Figura similar: trata-se do crime de tráfico de influência, previsto no art. 332 do Código Penal.

19. Análise do núcleo do tipo: *solicitar* significa pedir ou rogar; *exigir* quer dizer demandar com veemência, ordenar ou reclamar; *cobrar* tem o significado de exigir o cumprimento de algo; *obter* quer dizer alcançar ou conseguir. São condutas conjugadas a *influir*, isto é, inspirar ou incutir. Portanto, o objeto dessas ações é vantagem ou promessa de vantagem com relação a ato de funcionário público. O intuito do agente é auferir algum tipo de lucro para que possa incentivar, de algum modo, um funcionário estrangeiro a promover algum tipo de facilidade em transação comercial internacional.

20. Tipo misto alternativo: a prática das condutas previstas no tipo podem ser isoladas ou cumuladas, implicando em um único crime. Assim, caso o sujeito solicite, exija, cobre e depois obtenha uma vantagem qualquer, pratica delito único e não concurso material de infrações.

21. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive

outro funcionário público. O sujeito passivo é a pessoa física ou jurídica prejudicada, incluindo-se o Estado (nacional ou estrangeiro, conforme o caso). Ver a nota que cuida deste tema ao artigo anterior.

22. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de ter para si ou para outrem qualquer tipo de vantagem. Não se pune a forma culposa.

23. Formas de execução: diversamente do tipo penal estabelecido para o crime de tráfico de influência, que não prevê essas formas, este delito expressamente menciona que o agente pode praticar as condutas típicas de maneira direta (sem interposta pessoa, sem rodeios, de forma clara) ou indireta (por intermédio de interposta pessoa, de forma dissimulada, com rodeios). Favorece, sem dúvida, a punição, pois não permite a argumentação de que não houve qualquer abordagem explícita.

24. Vantagem ou promessa de vantagem: *vantagem* é qualquer lucro, ganho, benefício ou privilégio para o agente, seja lícito ou ilícito. Não há necessidade de ter conteúdo de natureza econômica (vide nota ao artigo anterior). *A promessa de vantagem* é a obrigação de, no futuro, entregar algum benefício, ganho, privilégio ou lucro a alguém.

25. Pretexto de exercer influência: trata-se de desculpa ou justificativa para a prática das condutas previstas no tipo, não sendo necessário que o agente efetivamente assedie o funcionário para influenciá-lo a praticar ou deixar de praticar qualquer ato, nem é necessário verificar se ele tem, de fato, condições de influir em ato do funcionário. Na verdade, como regra, trata-se de autêntica fraude: o agente consegue vantagem sob a justificativa de exercer futura ascendência

sobre outrem, o que pode não ocorrer. Aliás, a autêntica influência em funcionário público estrangeiro por parte de quem pode fazê-lo e sem solicitar ou obter qualquer vantagem não é crime.

26. Ato do funcionário: pode ser lícito ou ilícito, tendo em vista que o tipo penal não explicita. Exige-se, no entanto, que se trate de ato futuro, e não do passado.

27. Existência de três pessoas envolvidas, ainda que virtualmente: exige-se, para a concretização do tipo penal, que um sujeito qualquer – funcionário público ou não – solicite, exija, cobre ou obtenha de *outra pessoa* – funcionário ou não – qualquer vantagem, com a desculpa de exercer influência em um *funcionário público estrangeiro* no exercício da função.

28. Relação com transação comercial internacional: este delito somente se caracteriza caso haja, em jogo, transação comercial internacional, ou seja, qualquer contrato ou negócio comercial envolvendo o interesse de pessoas ligadas a mais de uma nação.

29. Objetos material e jurídico: o objeto material é a vantagem ou promessa de vantagem. O objeto jurídico, segundo o Código Penal, é a Administração Pública estrangeira, nos seus aspectos material e moral. Acreditamos que, além desse objeto, há que se considerar também a boa-fé, a regularidade e a transparência das transações comerciais internacionais. Ver a nota pertinente ao artigo anterior, em que consta a posição de Luiz Regis Prado.

30. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo especial ou qualificado); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em efetivo prejuízo material

para o Estado). Não é necessário que o agente realmente influencie em ato praticado por funcionário público estrangeiro, em transação comercial internacional, mas, se o fizer, cuida-se de mero exaurimento do delito (continua a produzir efeitos depois de consumado); de forma livre (pode ser cometido de qualquer modo, conforme eleição do agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, isto é, cuida-se da aplicação do disposto no art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (crime cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (pode ser cometido por um só indivíduo); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (cometido por meio de vários atos), conforme o modo eleito pelo autor; admite tentativa na forma plurissubsistente. Aliás, quanto à punição da tentativa, trata-se de recomendação expressa feita na Convenção: “A tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e a conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte” (artigo 1.2).

31. Causa de aumento de pena: prevê-se o aumento de pena (metade), caso o agente dê a entender, explicitamente, que a vantagem por ele percebida ou demandada destina-se, igualmente, ao funcionário público estrangeiro. Naturalmente, há maior gravidade, pois denota corrupção (ativa para quem oferta e passiva para quem a recebe).

Funcionário público estrangeiro

Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro,³² para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou

função pública³³ em entidades estatais³⁴ ou em representações diplomáticas³⁵ de país estrangeiro.³⁶

Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas³⁷ controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.³⁸

32. Conceito de funcionário público estrangeiro: trata-se de conceituação própria do direito penal, não se confundindo com o sustentado pelo direito administrativo. Nesse contexto, cuida-se de toda pessoa que exerça, transitoriamente ou não, com ou sem remuneração, cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro (aliás, como está disposto neste artigo). Preceitua o texto da Convenção: “Funcionário público estrangeiro significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional” (artigo 1.4.a).

33. Cargo, emprego e função pública: *cargo* é o posto criado por lei na estrutura hierárquica da Administração Pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 420). O cargo possui função, mas nem sempre esta possui o cargo correspondente. *Emprego público* é o posto existente na estrutura hierárquica da Administração Pública, que difere do cargo unicamente pelo vínculo que liga o funcionário à entidade estatal. Enquanto no cargo o vínculo é estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos, no

caso do emprego dá-se a ligação por vínculo contratual regido pela CLT. Evidentemente que, em se tratando de funcionário público estrangeiro, deve-se respeitar a forma pela qual alguém se vincula ao Estado na legislação estrangeira pertinente, pouco interessando se tal ocorre por força de estatuto ou por relação empregatícia. Esse é o motivo de serem mencionados neste artigo tanto o cargo quanto o emprego. A *função pública* é o conjunto de atribuições inerentes ao serviço público, que não correspondem a um cargo ou um emprego (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 421). Dessa forma, pode exercer função pública aquele que não possui cargo, nem emprego; logo, cuida-se de atividade residual. Pode ser o caso do servidor contratado por período temporário, por vezes sem concurso público, dada a urgência da situação, ou mesmo do assessor de confiança, que não exige a contratação por concurso, como ocorre para os ocupantes de cargos ou empregos.

34. Entidades estatais: são as pessoas jurídicas de direito público encarregadas de exercer as funções administrativas do Estado. Como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo” (*Direito administrativo*, p. 59).

35. Representações diplomáticas: trata-se do conjunto de representantes de governo estrangeiro junto a um Estado. Como ensina Francisco Rezek, os agentes diplomáticos são “funcionários acreditados pelo governo de um Estado, perante o governo de outro, para representarem os seus direitos e interesses” (*Direito internacional público*, p. 292). Abrange, naturalmente, os

indivíduos do próprio Estado, nomeados por governo estrangeiro para representá-lo, desde que haja a concordância daquele. Um brasileiro, por exemplo, pode ser indicado cônsul de país estrangeiro, para representá-lo em território nacional, incluindo-se, então, no conceito de funcionário público estrangeiro, para efeito de aplicação deste artigo. Note-se, ademais, que todo o corpo de funcionários administrativos e técnicos das embaixadas e consulados também se inclui nessa categoria de agentes diplomáticos. Aliás, a Convenção de Viena lhes confere imunidade idêntica à que possuem os diplomatas.

36. País estrangeiro: como menciona o texto da Convenção, deve-se considerar *país estrangeiro* “todos os níveis e subdivisões de governo, do federal ao municipal”.

37. Empresas controladas pelo Poder Público: são as empresas públicas, denominadas estatais ou governamentais, abrangendo todas as “sociedades civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, § 5.º, III, 173, § 1.º)” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, p. 368).

38. Organizações públicas internacionais: são os órgãos constituídos por tratados internacionais, subscritos pelos Estados, com personalidade jurídica e objetivos próprios, tais como a ONU (Organização das Nações Unidas), a OEA (Organização dos Estados Americanos), a OMS (Organização Mundial da Saúde), a OIT (Organização Internacional do Trabalho), entre outras. Na lição de Angelo Piero Sereni, “organização internacional é uma associação voluntária

de sujeitos de direito internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de direito internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico interno próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais realiza as finalidades comuns de seus membros mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos” (*apud* Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de direito internacional público*, v. 1, p. 413).

Capítulo III

DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338. Reingressar¹⁻³ no território nacional⁴ o estrangeiro⁵ que dele foi expulso:⁶⁻¹⁰

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

1. Análise do núcleo do tipo: *reingressar* significa voltar, ingressar novamente. O retorno tem em vista o território nacional.

2. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o estrangeiro que tenha sido oficialmente expulso do País. O sujeito passivo é o Estado.

3. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. Nessa ótica: “O crime de reingresso de estrangeiro consuma-se com a simples presença do alienígena em solo nacional, apresentando-se despidendo a razão do retorno proibido” (TRF-4.ª Região, 8.ª T., rel. José Paulo Baltazar Junior, 12.07.2006, v. u., *Boletim AASP* n. 2.496, p. 1.272).

4. Conceito de território nacional: trata-se do conceito jurídico, isto é, todo espaço onde o Brasil exerce a sua soberania. Ver nota 49 ao art. 5.º.

5. Conceito de estrangeiro: é a pessoa que possui vínculo jurídico-político com outro Estado, que não o Brasil. Por exclusão, o estrangeiro é aquele que não é considerado brasileiro (art. 12, CF: “São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II – naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira”).

6. Expulsão, deportação e extradição: são conceitos diferentes. A *expulsão*, objeto deste tipo penal, é a exclusão, por castigo, do estrangeiro que apresenta indícios sérios de periculosidade ou indesejabilidade no País (art. 62 do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80). A propósito, veja-se o art. 65 do referido Estatuto: “É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo pro-

cedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro”. Cabe, também, a expulsão em caso de condenação do estrangeiro (art. 67). A *deportação*, por sua vez, é a saída compulsória do estrangeiro, enviando-o para o país da sua nacionalidade ou de sua procedência no estrangeiro ou, ainda, para outro que queira recebê-lo (art. 58 da mencionada lei), no caso de sua entrada ou estada irregular no País. Poderá, em tese, retornar ao território nacional, desde que pague ao Tesouro Nacional as despesas e a multa decorrentes de sua deportação (arts. 57 e 64 da Lei 6.815/80). A *extradição*, como já foi visto na nota 82 ao art. 7.º, é um instrumento de cooperação entre nações para fazer com que uma pessoa acusada ou condenada pela prática de um crime possa ser enviada para o país que o processou. Além do disposto no Estatuto do Estrangeiro, há o Decreto 98.961/90, que prevê a *expulsão* do estrangeiro envolvido com o tráfico ilícito de entorpecentes: “Art. 1.º O inquérito de expulsão de estrangeiro condenado por uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins obedecerá ao rito procedimental estabelecido nos artigos 68 e 71 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, e nos artigos 100 a 105 do Decreto 86.715, de 10 de dezembro de 1981, mas somente serão encaminhados com parecer final ao Ministro da Justiça mediante certidão do cumprimento integral da pena privativa de liberdade. § 1.º Permitir-se-á certidão do cumprimento da pena nos 60 (sessen-

ta) dias anteriores ao respectivo término, mas o decreto de expulsão será executado no dia seguinte ao último da condenação. § 2.º Na hipótese de atraso do decreto de expulsão, caberá ao Ministério da Justiça requerer, ao Juiz competente, a prisão, para efeito de expulsão, do estrangeiro de que trata este Decreto”. Portanto, para a configuração do delito previsto neste tipo penal, torna-se indispensável a existência de um ato formal de expulsão do estrangeiro do território nacional.

7. Objetos material e jurídico: o objeto material é o ato oficial de expulsão do governo brasileiro. O objeto jurídico é a administração da justiça.

8. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial). No caso presente, cuida-se da hipótese específica de delito de mão própria (aquele que só pode ser praticado pelo agente diretamente), pois não pode o estrangeiro valer-se de terceira pessoa para reingressar no território nacional; formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“reingressar” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

9. Ressalva da expulsão após o cumprimento da pena: dispõe a Lei 6.815/80 (art. 67) que o cumprimento de pena não

pode servir de pretexto para evitar a expulsão do estrangeiro, desde que seja conveniente ao interesse nacional. Portanto, entendemos que está revogada a ressalva final (“após o cumprimento da pena”) estabelecida no preceito secundário deste artigo.

10. Competência: Justiça Federal (art. 109, X, CF).

Denúnciação caluniosa¹¹

Art. 339. Dar causa¹²⁻¹⁴ a instauração de investigação policial,¹⁵ de processo judicial,¹⁶ instauração de investigação administrativa,¹⁷ inquérito civil¹⁸ ou ação de improbidade administrativa¹⁹⁻²¹ contra alguém,²² imputando-lhe crime²³ de que o sabe inocente:²⁴⁻²⁹

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1.º A pena é aumentada de sexta parte,³⁰ se o agente se serve de anonimato³¹ ou de nome suposto.³²

§ 2.º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.³³

11. Crime complexo: trata-se de crime complexo em sentido amplo, constituído, em regra, da calúnia e da conduta lícita de levar ao conhecimento da autoridade pública – delegado, juiz ou promotor – a prática de um crime e sua autoria. Portanto, se o agente imputa falsamente a alguém a prática de fato definido como crime, comete o delito de calúnia. Se transmite à autoridade o conhecimento de um fato criminoso e do seu autor, pratica conduta permitida expressamente pelo Código de Processo Penal (art. 5.º, § 3.º). Entretanto, a junção das duas situações (calúnia + comunicação à autoridade) faz nascer o delito de denúncia caluniosa, de ação pública incondicionada, porque está em jogo o interesse do Estado na administração da justiça.

12. Análise do núcleo do tipo: *dar causa* significa dar motivo ou fazer nascer algo. No caso deste tipo penal, o objeto é investigação administrativa qualquer ou processo judicial. Ressalte-se que o agente pode agir diretamente ou por interposta pessoa, além de poder fazê-lo por qualquer meio escolhido, independentemente da formalização do ato. Assim, aquele que informa à autoridade policial, verbalmente, a existência de um crime e de seu autor, sabendo que o faz falsamente, está fornecendo instrumentos para a investigação. Acrescente-se, ainda, que o aumento da gravidade do crime originariamente praticado por alguém pode constituir denúncia caluniosa. Exemplificando, se o agente sabe que Fulano praticou um furto, mas narra à autoridade policial, sabendo-o inocente, ter havido um roubo, preenche-se o tipo do art. 339. É o pensamento exposto por Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 462).

13. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Acrescenta, com razão, Paulo José da Costa Júnior que, em se tratando de acusação da prática de crime de ação privada, ou de crime de ação pública condicionada, o sujeito ativo é somente o titular da queixa ou da representação (*Direito penal – Curso completo*, p. 732). Na mesma esteira, Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 462). Os sujeitos passivos são, principalmente, o Estado e, em segundo lugar, a pessoa prejudicada pela falsa denúncia.

14. Autoridade que age de ofício: pode ser sujeito ativo do crime de denúncia caluniosa. Não se exige que somente um particular provoque a ação da autoridade para a instauração de investigação administrativa ou policial, inquérito civil ou ação civil ou penal, uma vez que, para assegurar o correto funcionamento da máquina

administrativa, pode haver procedimento de ofício. Assim, o delegado que, sabendo inocente alguém, instaura contra ele inquérito policial; o promotor que, com igual idéia, determina a instauração de inquérito civil, bem como o juiz que, tendo notícia de que determinada pessoa é inocente, ainda assim requisita a instauração de inquérito, podem responder por denúncia caluniosa.

15. Investigação policial: a *investigação policial*, referida no tipo penal, necessita ser o inquérito policial – que é procedimento administrativo de persecução penal do Estado, destinado à formação da convicção do órgão acusatório, instruindo a peça inaugural da ação penal –, não se podendo considerar os meros atos investigatórios isolados, conduzidos pela autoridade policial ou seus agentes, proporcionados pelo simples registro de uma ocorrência. Seria demais atribuir o delito de denúncia caluniosa a quem não conseguiu efetivamente o seu intento, vale dizer, a sua narrativa foi tão infundada que a autoridade policial, nos primeiros passos da investigação, prescindindo do inquérito, chegou à conclusão de se tratar de algo inadequado ou impossível. A administração da justiça não chegou a ser afetada, configurando, no mínimo, hipótese de aplicação do princípio da insignificância. Aliás, acrescente-se também a expressa menção feita no tipo penal de que é preciso “dar causa a instauração de investigação policial (...) contra alguém”. Ora, a autoridade policial somente volta a investigação *contra* alguém quando não somente instaura o inquérito, mas sobretudo indicia o suspeito. Esse é o motivo pelo qual defendemos que a simples instauração de investigação, sem o inquérito, é irrelevante penal. Instaurando-se o inquérito, mas sem indiciamento, estar-se-á na esfera da tentativa. Enfim, havendo o indiciamento, consuma-se a infração penal. Em contrário,

crendo suficiente a existência de qualquer ato investigatório, mesmo sem a formal instauração de inquérito policial, para a configuração do delito: Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 461), Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 4.112), Jorge Assaf Maluly (*Denúncia caluniosa*, p. 93). Em posição intermediária, defendendo que é preciso instaurar o inquérito, mas sem necessidade do indiciamento para a consumação: Fortes Barbosa (*Denúncia caluniosa*, p. 108-109).

16. Processo judicial: costumava-se defender que o processo referido neste artigo deveria ser o criminal, uma vez que a imputação à vítima seria de crime de que o sabe inocente. Assim, instaura-se processo-crime para apurar o delito porventura cometido pelo ofendido, quando, então, descobre-se não ser ele culpado, concretizando a denúncia caluniosa. Ocorre que, atualmente, após a edição da Lei 10.028/2000, que acrescentou ao tipo penal a possibilidade de se dar causa, indevidamente, à instauração de inquérito civil – procedimento preparador da ação civil pública, por excelência –, bem como ampliando-se o alcance do crime para envolver meras investigações administrativas e ações de improbidade administrativa, é preciso reconsiderar essa postura. Imagine-se que alguém, sabendo ser outra pessoa inocente, imputa-lhe crime, que termina redundando no ajuizamento de ação civil pública, para exigir a reparação do dano na esfera cível (ainda que nada ocorra no contexto criminal). Parece-nos que, se o singelo inquérito civil provoca a realização deste tipo penal, com muito mais justiça está configurada a denúncia caluniosa, no caso de ajuizamento de ação civil pública contra indivíduo sabidamente inocente. Logo, o conceito deve ser ampliado, para envolver não somente as

ações penais – sempre de interesse público –, mas também as ações civis públicas. De todo modo, a consumação somente ocorre quando houver o recebimento da denúncia ou queixa (processo-crime) ou da petição inicial (ação civil pública). A apresentação da denúncia ou queixa e da petição inicial, no distribuidor, sem o recebimento, situa-se na esfera da tentativa.

17. Investigação administrativa: antes da Lei 10.028/2000, não se admitia outro procedimento administrativo de apuração de crime, para dar azo à concretização da denúncia caluniosa, que não fosse o inquérito policial. Ocorre que, atualmente, a lei é clara ao permitir a configuração deste delito também quando alguém, sabendo ser outrem inocente, dá margem a qualquer tipo de investigação administrativa, por conta da imputação de crime. Abrangem-se, então, sindicâncias e processos administrativos de toda ordem, desde que a autoridade administrativa tenha agido por conta de denúncia falsa promovida pelo agente. Note-se, ainda, que a denúncia caluniosa somente tem efeito no caso de a investigação administrativa ter por base a imputação de *crime*, algo que não foi alterado pela nova lei. Assim, caso haja uma representação contra um delegado, por exemplo, na Corregedoria da Polícia Civil, imputando-lhe abuso de autoridade, de que o sabe inocente, ainda que não haja inquérito, a investigação desencadeada pela autoridade competente já é suficiente para gerar a denúncia caluniosa. A simples representação, solicitando a investigação administrativa, está na órbita da tentativa. Para haver consumação, é indispensável que seja instaurado o processo administrativo ou a sindicância, por portaria.

18. Inquérito civil: como bem define Motauri Ciocchetti de Souza, trata-se de “um

procedimento administrativo de natureza inquisitiva, presidido pelo Ministério Público e que tem por finalidade a coleta de subsídios para a eventual propositura de ação civil pública pela Instituição” (*Ação civil pública e inquérito civil*, p. 85). Logo, após a inclusão do inquérito civil no contexto da denúncia caluniosa, pela Lei 10.028/2000, além do inquérito policial e de todas as outras investigações administrativas possíveis, deixou claro o legislador a intenção de coibir a conduta daquele que provoca a movimentação oficial do Ministério Público, no sentido de apurar ilícitos penais, que dêem margem à propositura de ação civil pública ou de improbidade administrativa contra o imputado. Além do mais, por vezes, do inquérito civil, parte o Ministério Público também para a ação penal, sem necessidade de inquérito policial, uma vez que, nesse contexto, tem competência para colher provas. Assim, embora tenha iniciado o inquérito civil para apurar ilícito civil – também considerado penal –, termina colaborando para o ajuizamento do processo criminal. Caso duas ações sejam indevidamente propostas contra a vítima da denúncia caluniosa, nem por isso haverá mais de um delito, pois o tipo penal do art. 339 é alternativo: uma ou mais investigações e/ou processos configuram um só crime. A consumação ocorrerá quando o inquérito civil deixar claro que está investigando pessoa determinada, justamente aquela que o agente sabe inocente.

19. Ação de improbidade administrativa: rege o contexto dos atos de improbidade administrativa a Lei 8.429/92, estabelecendo condutas merecedoras de apuração na esfera administrativa, mas que podem gerar ações civis e penais contra o seu autor. Estabelece o art. 14, *caput*, da mencionada lei, que qualquer pessoa pode representar à autoridade adminis-

trativa competente, a fim de se instaurar investigação para apurar a prática de ato de improbidade. Realizada a investigação, não somente sanções de ordem administrativa podem ser aplicadas, mas sobretudo, através do Ministério Público (art. 17), cabe o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, de natureza cível, para reaver ao erário o valor pertinente aos danos causados, bem como pode ser proposta ação penal, quando o ato tem reflexo na alçada criminal. Note-se que, até o inquérito civil, conduzido pelo Ministério Público, como bem lembra José Marcelo Menezes Vigliar, tem o condão de desencadear uma investigação do ato de improbidade administrativa, substituindo a investigação administrativa de outra autoridade (*Ação civil pública*, p. 151). Exige-se, no entanto, que a ação de improbidade administrativa, que tenha sido proposta indevidamente, porque lastreada em imputação falsa contra alguém, fundamente-se em ato considerado igualmente *crime* ou *contravenção penal*. O término da ação de improbidade administrativa deve ser aguardado, pois, em caso de vitória do autor, ainda que não configurado o crime – para que medidas sejam tomadas na esfera penal –, não há denúncia caluniosa. Exemplo: imagine-se que alguém impute a um funcionário a prática de peculato-desvio, ou seja, ter ele utilizado bem móvel público, de que tem posse em razão do cargo, em proveito próprio. Além da figura delituosa prevista no art. 312 do Código Penal, existe, correlacionando-se a ela, o disposto no art. 9.º, IV, da Lei 8.429/92 (“utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”). Assim, embora possa ser absolvido

na esfera criminal – ou nenhuma medida tenha sido tomada nessa área – por ter-se configurado a hipótese do peculato de uso (não se encontrou a intenção de usufruir com ânimo definitivo do que pertence à administração), cabe a condenação por ato de improbidade administrativa. Por isso, não teria havido denúncia caluniosa. A consumação somente ocorre quando o magistrado receber a inicial, determinando a citação do réu. O procedimento prévio, em que há a notificação para uma primeira resposta, pode configurar a tentativa.

20. Término da investigação ou ação: torna-se imprescindível, para que se julgue corretamente o crime de denúncia caluniosa, o aguardo da finalização da investigação instaurada para apurar a infração penal imputada, bem como a ação civil ou penal, cuja finalidade é a mesma, sob pena de injustiças flagrantes. Recomenda Hungria que, “conforme pacífica doutrina e jurisprudência, a decisão final no processo contra o denunciante deve aguardar o prévio reconhecimento judicial da inocência do denunciado, quando instaurado processo contra este. Trata-se de uma medida de ordem prática, e não propriamente de uma condição de existência do crime” (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 465-466). Em igual sentido: Paulo José da Costa Júnior, *Direito penal – Curso completo*, p. 734.

21. Confronto da denúncia caluniosa com o delito previsto no art. 19 da Lei 8.429/92: dispõe este artigo que “constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção, de seis a dez meses, e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver

provocado”. Nota-se, pois, com a nova redação do art. 339, ser o caso de aplicar o disposto no Código Penal – lei mais recente e mais severa – quando a imputação leviana der margem à instauração de investigação administrativa ou ação de improbidade administrativa, cujo ato possua, também, a configuração de infração penal. Resta aquele delito (art. 19 da Lei 8.429/92) para as representações infundadas a respeito de atos de improbidade não relacionados a figuras típicas penais. Observe-se que constitui ato de improbidade administrativa “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” (art. 11, II, da Lei 8.429/92), mas não necessariamente representa uma prevaricação, que exige, conforme se vê no art. 319 do Código Penal, a mesma conduta, associada à intenção de “satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. Logo, é possível que alguém denuncie falsamente um funcionário por ter deixado de realizar ato de ofício, sem qualquer interesse específico, conduta que constitui ato de improbidade, mas não prevaricação. Apurada a inocência do imputado, responderá o autor da denúncia pelo crime previsto no art. 19. Para Jorge Assaf Maluly, no entanto, o crime previsto no art. 19 da Lei 8.429/92 está revogado, implicitamente, pela atual redação do art. 339 (*Denúncia caluniosa*, p. 43). Igualmente é a posição de Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 4.107).

22. Pessoa determinada: o elemento do tipo *alguém* indica, nitidamente, tratar-se de pessoa certa, não se podendo cometer o delito ao indicar para a autoridade policial apenas a materialidade do crime e as várias possibilidades de suspeitos. E vamos além: somente se torna oficial a investigação policial *contra alguém* havendo inquérito e formal indiciamento. Antes disso, pode existir investigação, mas não se dirige contra

uma pessoa determinada. Por outro lado, não há crime quando o agente noticia a ocorrência de um fato criminoso, solicitando providências da autoridade, mas sem indicar nomes. Caso se verifique não ter ocorrido a infração penal, poderá se configurar o crime do art. 340, mas não a denúncia caluniosa, que demanda imputado certo.

23. Infração penal: a denúncia caluniosa tem por finalidade punir o agente que, falsamente, imputou a prática de um crime ou de uma contravenção penal a outrem. Entretanto, aplica-se o *caput* (pena de reclusão de dois a oito anos e multa) para o caso de imputação de crime, e o § 2.º (pena de reclusão de um a quatro anos e multa) para a hipótese de imputação de contravenção penal.

24. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo; entretanto, somente na sua forma direta, tendo em vista que o tipo penal exige o nítido conhecimento do agente acerca da inocência do imputado. Logo, torna-se impossível que ele assuma o risco de dar causa a uma investigação ou processo contra alguém inocente (dolo eventual). Não existe, obviamente, a forma culposa. cremos presente o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de induzir o julgador em erro, prejudicando a administração da justiça. Nesta última linha: STJ: HC 25.593-MT, 5.ª T., rel. Jorge Scartezzini, 18.12.2003, v. u., DJ 03.05.2004, p. 188; TJPR: Ap. 4.451-Piraí do Sul, 1.ª C., rel. Jorge Andriguetto, 09.05.1991, v. u.; Ap. 6.041-Maringá, 1.ª C., rel. Eli de Souza, 13.08.1993, v. u. No mesmo sentido: Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 463).

25. Inocência do imputado: além de o agente ter esse conhecimento, exigem a doutrina e a jurisprudência majoritárias, com razão, que o imputado seja realmente

prejudicado pela ação do autor, isto é, seja injustamente investigado ou processado, para, ao final, ocorrer o arquivamento ou a absolvição por falta de qualquer fundamento para vinculá-lo à autoria. Porém, se a punibilidade estiver extinta (pela prescrição, anistia, abolição da figura delitiva, dentre outros fatores) ou se ele tiver agido sob o manto de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, enfim, se o inquérito for arquivado ou houver absolvição, por tais motivos, não há crime de denúncia caluniosa. Tal se dá porque havia possibilidade concreta de ação da autoridade policial ou judiciária, justamente pela existência de fato típico (havendo autor sujeito à investigação ou processo), embora não seja ilícito, culpável ou punível. Nesse rumo está a lição de Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 462).

25-A. Crime impossível: é admissível a hipótese da tentativa inidônea (art. 17, CP) quando o agente, ainda que aja com vontade de denunciar alguém, sabendo-o inocente, à autoridade, termina por fazer com que esta encontre subsídios concretos de cometimento de um outro crime. Seria indevido punir o agente por delito contra a *administração da justiça*, já que esta só teve a ganhar com a comunicação efetuada. Aliás, também se configura crime impossível quando não há mais possibilidade de ação da autoridade (anistia, abolição do crime, prescrição, entre outros).

26. Autodefesa de réu em processo ou indiciado em inquérito: é comum – embora possa ser imoral ou antiético – que uma pessoa acusada da prática de um delito queira livrar-se da imputação, passando a terceiro esse ônus. Ao indicar alguém para assumir o seu lugar; pretende desviar a atenção da autoridade, livrando-se da acusação. Ainda que indique terceira pessoa para tomar parte na ação penal ou na

investigação por achar que ela teve alguma participação nos fatos, não se configura o crime. Não há, nessas hipóteses, elemento subjetivo do tipo específico, consistente no desejo de ver pessoa inocente ser injustamente processada, sem qualquer motivo, prejudicando a administração da justiça. A vontade específica do agente é livrar-se da sua própria imputação. Nesse sentido, já tivemos oportunidade de defender: “No exercício da sua autodefesa e para não incidir na auto-acusação, pode o acusado dizer o que bem entende, inclusive mentir. Se pode e deve defender-se com amplidão, é natural que o direito de faltar com a verdade esteja presente. Tanto assim que ele pode até incriminar outra pessoa para salvar-se, sem que seja punido” (cf. nossa obra *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 86). Igualmente: Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 463). Entretanto, não descartamos, completamente, a possibilidade de o indiciado ou réu, pretendendo vingar-se de terceiro, utilizar o inquérito, em que já está indiciado, ou o processo que lhe foi instaurado, para delatar, maldosamente, alguém. A delação, segundo cremos, é a admissão por alguém da prática do fato criminoso do qual está sendo acusado, envolvendo outra pessoa e atribuindo-lhe algum tipo de conduta delituosa, referente à mesma imputação. Não se trata, simplesmente, de acusar outrem pela prática de um delito, buscando livrar-se da imputação, pois isso é um puro testemunho. A delação, que vem sendo admitida como meio de prova pelos tribunais pátrios, implica na assunção da autoria por parte do delator (*O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 213-214). Por isso, para ser assim considerada, é indispensável que o autor de um crime admita a autoria e indique terceiro. Essa prova pode ser suficiente para uma condenação, razão pela qual atenta di-

retamente contra a administração da justiça. Ademais, o indiciado ou réu não necessita assumir o crime, indicando outra pessoa para *também* responder pelo fato, como estratégia defensiva. Sua intenção, nesse caso, não é defender-se, mas prejudicar outrem, incluindo-o onde não merece, motivo pelo qual cremos poder responder por denúncia caluniosa. Afinal, configurado está o dolo direto e o elemento subjetivo específico. Defendendo que o réu não comete, jamais, denúncia caluniosa em seu interrogatório, pois tem o ânimo de se defender, acima de tudo, está a posição de Maluly (*Denúncia caluniosa*, p. 62).

27. Objetos material e jurídico: o objeto material é a investigação policial, o processo judicial, a investigação administrativa, o inquérito civil ou a ação de improbidade administrativa indevidamente instaurados. O objeto jurídico é o interesse na escorreita administração da justiça.

28. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (delito que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração da justiça); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“dar causa” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, embora de difícil configuração. Ver, a respeito dos diversos momentos consumativos, as notas 15 a 19.

29. Competência: Justiça Estadual ou Federal, conforme a natureza do crime que foi imputado à vítima, logo, onde será apurado, bem como em razão da qualidade do ofendido.

30. Causa de aumento de pena: determina o tipo penal o aumento obrigatório de um sexto na pena quando o agente se servir de anonimato ou de nome suposto, o que dificulta, sobremaneira, a identificação do autor da denúncia falsa.

31. Anonimato: é a posição assumida por alguém que escreve ou transmite uma mensagem sem se identificar.

32. Nome suposto: é a posição de quem escreve algo ou transmite uma mensagem adotando um nome fictício, isto é, sem se identificar.

33. Causa de diminuição da pena: como dissemos, a denúncia caluniosa pode abranger a imputação falsa de crime ou de contravenção, pois, em ambas as hipóteses, fere-se o interesse do Estado na apurada administração da justiça. Entretanto, tendo em vista o desvalor da conduta, isto é, a menor potencialidade lesiva que propicia à vítima da denúncia caluniosa responder por uma contravenção penal do que por um crime, diminui-se a pena da metade quando o agente imputa a alguém a prática de contravenção.

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

Art. 340. Provocar³⁴⁻³⁵ a ação de autoridade,³⁶ comunicando-lhe³⁷ a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe³⁸ não se ter verificado.³⁹⁻⁴²

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

34. Análise do núcleo do tipo: *provocar* significa dar causa, gerar ou proporcionar, que deve ser interpretado em conjunto com *comunicar* (fazer saber ou transmitir), resultando na conduta mista de dar origem à ação da autoridade por conta da transmissão de uma informação inverídica. Sendo composta, é possível a tentativa, como, por exemplo, se o sujeito comunica a ocorrência de crime inexistente e, antes de a autoridade agir, é desmascarado por terceiro.

35. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

36. Ação de autoridade: diferentemente do disposto no artigo antecedente, neste tipo penal fala-se de *ação* de autoridade, e não em *investigação* policial ou *processo* judicial. Podem o delegado (registrando um boletim de ocorrência), o promotor e o juiz (requisitando a instauração de inquérito policial) tomar atitudes em busca da descoberta ou investigação de uma infração penal, ainda que não oficializem seus atos, através da instauração do inquérito ou do oferecimento ou recebimento da denúncia. É suficiente para a concretização do delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* fazer com que a autoridade aja sem qualquer motivo, perdendo tempo e comprometendo a administração da justiça, uma vez que deixa de atuar em casos verdadeiramente importantes. Há um prejuízo presumido a toda a sociedade.

37. Forma da comunicação: pode ser por escrito ou oral.

38. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, apenas na modalidade direta, pois o agente precisa *saber* não se ter verificado a infração penal. Além disso, demanda-se o elemento subjetivo do tipo específico,

consistente na vontade de fazer a autoridade atuar sem causa. Não se pune a forma culposa.

39. Ocorrência de crime diverso: não se configura o delito, pois a ação da autoridade não foi inútil, não tendo havido qualquer prejuízo à administração da justiça. Por outro lado, se o delito existiu, mas terminou afetado por qualquer causa de extinção da punibilidade (como anistia, *abolitio criminis*, prescrição da pretensão punitiva, dentre outras), também há de ser afastada a configuração do crime do art. 340.

40. Crime impossível: cremos admissível a hipótese da tentativa inidônea (art. 17, CP) quando o agente, ainda que aja com vontade de provocar inutilmente a ação da autoridade, comunicando-lhe infração penal que sabe não se ter verificado, termina por fazer com que a autoridade policial ou judiciária encontre subsídios concretos de cometimento de um outro crime. Seria indevido punir o agente por delito contra a *administração da justiça*, já que esta só teve a ganhar com a comunicação efetuada. Aliás, também se configura crime impossível quando não há mais possibilidade de ação da autoridade, como já mencionado na nota anterior (anistia, abolição do crime, prescrição, entre outros).

41. Objetos material e jurídico: o objeto material é a ação da autoridade. O objeto jurídico é a administração da justiça.

42. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“provocar” e “comunicar” implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo

impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Auto-acusação falsa

Art. 341. Acusar-se,⁴³⁻⁴⁵ perante a autoridade,⁴⁶⁻⁴⁷ de crime inexistente⁴⁸ ou praticado por outrem.⁴⁹⁻⁵¹

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

43. Análise do núcleo do tipo: *acusar* significa imputar falta, incriminar ou culpar. Portanto, *acusar-se* é a conduta do sujeito que se auto-incrimina, chamando a si um crime que não praticou, seja porque inexistente, seja porque o autor foi outra pessoa.

44. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Embora pareça irreal o fato de uma pessoa auto-acusar-se, correndo o risco de ser condenada, há muitas possibilidades para tal ocorrer. Pode o sujeito pretender assumir a prática de um delito mais leve para evitar a imputação de um crime mais grave. Pode, ainda, ter sido subornado pelo verdadeiro autor da infração penal para chamar a si a responsabilidade. Enfim, motivos existem para que a auto-acusação falsa aconteça, merecendo ser evitada a qualquer custo, para preservar o interesse maior da correta administração da justiça.

45. Direito de mentir do réu: embora, no exercício do seu direito de defesa, que é

constitucionalmente assegurado – ampla defesa – e não deve ser limitado por qualquer norma ordinária, tenha o acusado o direito de mentir, negando a existência do crime, sua autoria, imputando-a a outra pessoa, invocando uma excludente qualquer, enfim, narrando inverdades, não lhe é conferido pelo ordenamento jurídico o direito de se auto-acusar falsamente. Nem em nome do princípio da ampla defesa é-lhe assegurado o direito de se auto-acusar, pois também é princípio constitucional evitar, a qualquer custo, o erro judiciário (art. 5.º, LXXV). Não havendo hierarquia entre normas constitucionais, deve o sistema harmonizar-se sem necessidade de que uma norma sobrepuje outra. Assim, sob qualquer prisma, evitar a auto-acusação é tipo penal perfeitamente sintonizado com a segurança almejada pelo sistema jurídico-penal. Note-se que uma confissão, mormente quando feita em juízo, tem valor probatório dos mais fortes em nosso processo penal. Aliás, possui valor maior do que o devido, pois costuma-se desprezar a chance de a admissão de culpa ser falsa. Ainda assim, há contundência no depoimento de uma pessoa que, sem qualquer pressão aparente, admite, perante a autoridade, a prática de um delito. Essa conduta, se fosse penalmente admissível, iria causar a provável condenação de um inocente, com a inconstitucional impunidade do autêntico autor do crime. E, não havendo delito, remanesce, ainda, o inaceitável erro judiciário do Estado, algo que a Constituição ressaltou expressamente não ser suportável, tanto que assegura indenização. Diante disso, qualquer pessoa pode defender-se, quando for acusada da prática de um delito, embora não possa ficar impune caso o faça com o ânimo de chamar a si uma responsabilidade inexistente. Sustentando não estar o réu obrigado a dizer a verdade: STF: HC 72.815-MS, 1.ª T., rel. Moreira Alves, v. u., 05.09.1995.

46. Autoridade: em se tratando de crime contra a administração da *justiça*, é preciso entender por *autoridade* o agente do poder público que tenha atribuição para apurar a existência de crimes e sua autoria ou determinar que tal procedimento tenha início. Portanto, é a autoridade judiciária ou policial, bem como o membro do Ministério Público.

47. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Entendemos que há, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de prejudicar a administração da justiça. Não se pune a forma culposa.

48. Crime inexistente: é imprescindível que se trate de crime, não se aceitando a falsa imputação de contravenção penal.

49. Praticado por outrem: é indispensável, para a configuração do tipo penal, que o sujeito se auto-acuse da prática de crime cometido por outra pessoa, sem ter tomado parte como co-autor ou partícipe.

50. Objetos material e jurídico: o objeto material é a declaração eivada de falsidade. O objetivo jurídico é a administração da justiça.

51. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“acusar-se” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um

único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, ainda que seja de difícil configuração.

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer⁵²⁻⁵⁴ afirmação falsa, ou negar ou calar⁵⁵ a verdade,⁵⁶⁻⁵⁸ como testemunha,⁵⁹ perito, contador, tradutor ou intérprete⁶⁰ em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial,⁶¹⁻⁶² ou em juízo arbitral.⁶³⁻⁶⁶

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.⁶⁷

§ 1.º As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno⁶⁸ ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal,⁶⁹ ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta⁷⁰ ou indireta.⁷¹⁻⁷²

§ 2.º O fato deixa de ser punível⁷³⁻⁷⁴ se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito,⁷⁵⁻⁷⁶ o agente se retrata ou declara a verdade.⁷⁷⁻⁷⁸

52. Análise do núcleo do tipo: as condutas possíveis são as seguintes: *fazer afirmação falsa* (mentir ou narrar fato não correspondente à verdade); *negar a verdade* (não reconhecer a existência de algo verdadeiro ou recusar-se a admitir a realidade); *calar a verdade* (silenciar ou não contar a realidade dos fatos). A diferença fundamental entre *negar a verdade* e *calar a verdade* é que a primeira conduta leva a pessoa a contrariar a verdade, embora sem fazer afirmação (ex.: indagado pelo juiz se presenciou o acidente, como outras testemunhas afirmaram ter ocorrido, o sujeito nega), enquanto a segunda conduta faz com que a pessoa se recuse a responder (ex.: o magistrado faz perguntas à testemunha, que fica em silêncio ou fala que não responderá).

53. Sujeitos ativo e passivo: os sujeitos ativos são especiais, podendo ser somente a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete. Trata-se, em verdade, de crime de mão própria, só podendo ser cometido por tais sujeitos diretamente, sem interposta pessoa. O sujeito passivo é o Estado; eventualmente, pode ser também a pessoa prejudicada pelo ato falso.

54. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Cremos presente, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de prejudicar a correta distribuição da justiça. Por isso, não há viabilidade para a punição daquele que afirmou uma inverdade, embora sem a intenção de prejudicar alguém no processo. Ex.: sem ter certeza da ocorrência de determinado fato, a testemunha termina afirmando a sua existência, confiando na sua memória, em verdade lacunosa. Não tendo havido vontade específica de prejudicar a administração da justiça, o crime não se configura. Não se pune a forma culposa.

55. Recusa da testemunha em depor: ensina Luiz Regis Prado que a reticência não se confunde com o mero silêncio, pois quem silencia a verdade de um fato não o está declarando e, quando o fizer, não está enganando a autoridade: “O silêncio reticente só constitui falso testemunho quando equivale à expressão de um fato positivo contrário à verdade suscetível de causar erro no processo. Por isso, não constitui falso testemunho a negação em prestar depoimento. Recusar a declarar não é o mesmo que cometer falso testemunho. Este exige antes de tudo um depoimento. Ora, a testemunha que simplesmente recusa não o presta. Na reticência diz-se algo de falso para embair a justiça, declarando ignorar o que conhece, enquanto na recusa se manifesta desobediência pura e simples ao imperativo

legal. Com efeito, aquele que se recusa a depor, mesmo indevidamente, não depõe falsamente, não induz a justiça em erro, ele simplesmente se recusa a esclarecer, e a questão sob julgamento permanece íntegra, exatamente como se a testemunha estivesse impedida de comparecer” (*Falso testemunho e falsa perícia*, p. 103). Não nos parece correta a conclusão. Pode-se considerar, realmente, a reticência fato diverso do silêncio. A primeira se desenvolve, a nosso ver, na forma “negar a verdade”, omitindo-se intencionalmente um fato relevante e de vital importância para o processo, podendo tal conduta desenvolver-se na forma ativa, isto é, narrando ao juiz fato diverso do ocorrido, somente para esconder o autenticamente relevante. Está a testemunha negando a verdade, sendo reticente. Porém, quando se cala, recusando-se a responder uma pergunta do magistrado, alegando que já disse tudo o que desejava ou mesmo não querendo depor, está silenciando, algo que somente o réu está autorizado a fazer. O silêncio equivale, sim, a “calar a verdade”. *Calar* significa ficar em silêncio ou não querer falar. É justamente uma das relevantes partes do tipo. Não se trata, em absoluto, da vontade de desobedecer a ordem de autoridade competente, pois o comando provém diretamente da lei. Não é o juiz que “manda” a testemunha falar – podendo-se, em tese, falar em desobediência –, mas sim o próprio ordenamento jurídico, através de vários preceitos, sendo o principal deles o art. 342 do Código Penal. Note-se que o elemento subjetivo também é importante. Quando a testemunha cala, recusando-se a depor a respeito do que efetivamente sabe, está afrontando o seu dever de colaborar com a administração da justiça, e jamais buscando afrontar funcionário público, que lhe deu uma ordem. O magistrado, ao compromissar a testemunha, cumpre a lei, e não dá ordens a quem vai depor. Cada qual

cumprando sua função: o juiz ouve a testemunha e esta fala, ambos seguindo a norma legal. Por outro lado, seria privilegiar a atitude daqueles que, inconformados com o dever de depor a verdade do que sabem, mas não desejam receber uma pena de reclusão de um ano (com aumento de 1/6 a 1/3 quando se tratar de feito criminal), podem socorrer-se da recusa em depor, calando, razão pela qual poderiam responder por desobediência, cuja pena mínima é de singelos 15 dias de detenção e a máxima não ultrapassa seis meses. É, pois, evidente que deve a pessoa que se recusa a depor responder por falso testemunho. Acrescente-se, ainda, que se fosse processada por desobediência – a testemunha que se recusasse a depor – não poderia se valer da faculdade prevista no art. 342, § 2.º, que é a retratação, ou seja, quando o agente resolve voltar atrás e contar a verdade do que sabe. Afinal, essa causa de extinção da punibilidade tem aplicação restrita à hipótese do falso testemunho e não a outro delito. No mesmo sentido, encontra-se a posição de Fernando José da Costa (*O falso testemunho*, p. 88), acrescentando o autor, com o que concordamos, que “não ir prestar depoimento após a devida intimação, importante esclarecer que não se trata de falso testemunho por omissão, já que tal omissão não diz respeito ao depoimento; trata-se de uma desobediência à ordem de autoridade, podendo, quando muito, se tratar de crime de desobediência, art. 330 do Código Penal, jamais de crime de falso testemunho por omissão”.

56. Fato juridicamente relevante: é essencial que o fato falso (afirmado, negado ou silenciado) seja juridicamente relevante, isto é, de alguma forma seja levado em consideração pelo delegado ou juiz para qualquer finalidade útil ao inquérito ou ao processo, pois, do contrário, tratar-se-ia de autêntica hipótese de crime impossível. Se o

sujeito afirma fato falso, mas absolutamente irrelevante para o deslinde da causa, por ter-se valido de meio absolutamente ineficaz, não tem qualquer possibilidade de lesar o bem jurídico protegido, que é a escorreita administração da justiça. Defendendo ser indispensável a potencialidade lesiva à administração da justiça: STF: HC 69.047-RJ, 1.ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 10.03.1992, v. u., DJ 24.04.1992, p. 5.377.

56-A. Qualificação da testemunha: se, no momento de ser qualificada (fornecimento de seus dados pessoais, tais como nome, filiação, endereço, profissão etc.), a testemunha faltar com a verdade, introduzindo dados inverídicos, pensamos tratar-se do delito de falsa identidade (art. 307, CP). Fernando José da Costa, por sua vez, embora concorde parcialmente com a tese, menciona o seguinte: “Todavia, esta regra deve admitir exceções, como no caso de uma mãe que, em auxílio do filho, falseia sua qualificação, omitindo tal informação ao julgador. Neste caso, tal falsidade é crucial para o valor desta prova, influenciando diretamente no mérito e na veracidade de seu depoimento, sendo de mais salutar opinião considerá-la crime de falso testemunho, seguindo Noronha” (*O falso testemunho*, p. 94-95). Apesar da preocupação exposta pelo autor, mantemo-nos fiéis ao cometimento do crime de falsa identidade. Não se deve abrir mão da estrita legalidade, tipificando a situação exatamente no tipo penal para ela idealizado, ainda que prejuízos outros ocorram.

57. Natureza da falsidade: há duas posições a respeito: *a)* falso é o que, objetivamente, não corresponde à realidade; *b)* falso é o que, subjetivamente, não corresponde à realidade, ou seja, aquilo que não guarda sintonia com o que o agente efetivamente captou e compreendeu. Parece-nos me-

lhor a segunda posição. Afinal, a verdade, para o sujeito que presta um depoimento ou elabora um parecer, é apenas uma representação ideológica que se desenha na mente de alguém, que passa a acreditar na existência de algo. Portanto, ainda que algo seja “verdade” absoluta para alguém, pode ser, na realidade, uma falsidade, isto é, algo contrário à realidade.

58. Opinião da testemunha: não configura o crime de falso, pois a testemunha deve depor sobre fatos, e não sobre seu modo particular de pensar. Quando se indaga da testemunha sua opinião acerca de algo (como, por exemplo, a respeito da personalidade do réu), deve-se suportar uma resposta verdadeira ou falsa, valorando o magistrado da forma como achar melhor. É curial destacar, no entanto, que a falsa opinião, no contexto da perícia, é bem diferente, pois, em grande parte, o perito termina fornecendo a sua particular visão sobre alguma matéria ou sobre algum fato. Essa opinião é técnica, possuindo intrínseco valor probatório.

59. Direito de mentir da testemunha: somente existe quando a testemunha falta com a verdade ou se cala evitando comprometer-se, vale dizer, utiliza o princípio constitucional do direito ao silêncio e de não ser obrigado a se auto-acusar. Por isso, é indispensável que o interrogante tenha cautela na avaliação do depoimento, para não se precipitar, crendo estar diante de testemunha mentirosa, quando, na realidade, está ouvindo um “futuro acusado”, que busca esquivar-se, validamente, da imputação. Assim: STF: HC 73.035-DE, Pleno, rel. Carlos Velloso, 13.11.1996, v. u.

60. Conceito de testemunha, perito, tradutor, intérprete e contador: testemunha é a pessoa que viu ou ouviu alguma coisa relevante e é chamada a depor sobre

o assunto em investigação ou processo. cremos ser indispensável que se lhe dê tal condição quando for inquirida, isto é, é indispensável que seja reconhecida como testemunha, e não como simples declarante ou informante, pessoas estas que narram seu entendimento sobre algo sem o compromisso de dizer a verdade. Perito é a pessoa especializada em determinado assunto, preparada para dar seu parecer técnico. Tradutor é aquele que traslada algo de uma língua para outra, fazendo-o por escrito, enquanto o intérprete, conhecedor de uma língua, serve de ponte para que duas ou mais pessoas possam estabelecer conversação entre si. Contador é o especialista em fazer cálculos. Acrescentou-se esse profissional, nem sempre considerado perito, através da Lei 10.268/2001, justamente para impedir que cálculos oferecidos em juízo possam ser fraudados, contendo dados incorretos, prejudicando, enormemente, as partes envolvidas no processo. Não são poucas as notícias de indenizações milionárias, frutos de manifestas inverdades, traduzidas em cálculos apresentados por especialistas, dificilmente contestados pelos profissionais do direito – juízes, promotores e advogados –, até por falta de aptidão.

61. Processo judicial, inquérito policial ou processo administrativo: corrigiu-se, com a edição da Lei 10.268/2001, o erro anteriormente contido na descrição do tipo. Fazia-se referência a “processo judicial, policial ou administrativo”, quando o correto deveria ser processo judicial, *inquérito policial* – que é apenas um procedimento, mas não um processo – e processo administrativo. Tal situação não mais ocorre. Incluem-se os processos administrativos ou inquéritos substitutivos do policial, por ser esta a finalidade do tipo penal. Assim, abrange a sindicância, que não é apenas um “procedimento preparatório” do processo

administrativo, tendo em vista que, através dela, pode-se punir um funcionário público com certos tipos de pena, como a repreensão e a suspensão (art. 270 c.c. o art. 274, II, da Lei 10.261/68), o inquérito produzido pela Comissão Parlamentar de Inquérito e o inquérito civil, presidido pelo Ministério Público. Quanto ao inquérito parlamentar, destaca-se a sua nítida natureza de procedimento preparatório de um processo judicial. Além disso, há o tipo remetido da Lei 1.579/52: “Art. 4.º Constitui crime: (...) II – fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena – a do art. 342 do Código Penal”. No sentido da interpretação extensiva do tipo penal, admitindo o falso em todas as hipóteses mencionadas, Antonio Carlos da Ponte, *Falso testemunho no processo*, p. 58; Fernando José da Costa, *O falso testemunho*, p. 36.

62. Compromisso da testemunha de dizer a verdade: há duas posições: a) não é necessário o compromisso para a configuração do crime de falso, tendo em vista que toda pessoa tem o dever de dizer a verdade em juízo, não podendo prejudicar a administração da justiça. Além do mais, a formalidade do compromisso não integra mais o crime de falso, como ocorria por ocasião do Código Penal de 1890. Nessa esteira: STF, HC 69.358-RS, 2.ª T., rel. Paulo Brossard, 30.03.1993, m. v., *DJ* 09.12.1994, p. 34.082. Alinham-se nessa posição: Bento de Faria, Hungria, Noronha, Tornaghi, Tourinho Filho, Antolisei, Manzini, Maggiore, Ranieri, Marsich, Castillo, Levene, Grieco e Cantarano e Luiz Regis Prado (que fez menção aos primeiros, *Falso testemunho e falsa perícia*, p. 94); b) há necessidade do compromisso, pois sem ele a testemunha é mero informante, permitindo ao juiz livre valoração de seu depoi-

mento. Como ensina Fragoso: “Em relação à testemunha é indispensável que tenha prestado o compromisso legal, pois somente neste caso surge o dever de dizer a verdade”. Nessa posição, ainda, Espínola Filho, Menegale, Magalhães Drumond (menções de Luiz Regis Prado, ob. cit., p. 92-93). E também: TJSP: “Falso testemunho – Não caracterização – Irmã e esposa do réu – Depoimentos prestados em processo-crime – Dispensa do compromisso da verdade – Artigo 206 do Código de Processo Penal – Falta de justa causa para o inquérito policial – Constrangimento ilegal configurado – Decisão judicial de instauração do inquérito anulada – Trancamento determinado” (HC 422.401-3/9-Ibitinga, 5.^a Câmara de Férias Julho/2003, rel. Barbosa Pereira, 16.07.2003, v.u., *JUBI* 87/03); “Falso testemunho – Não caracterização – Depoimento prestado como testemunha, em relação a outro acusado – Arrolamento indevido – Inobrigatoriedade de dizer a verdade – Fato atípico – Trancamento, por falta de justa causa, do inquérito policial ou da ação penal, caso tenha sido proposta – Ordem concedida. Em razão da exigência de imparcialidade para ser testemunha é preciso que a pessoa arrolada não esteja envolvida nos fatos que estão sendo apurados” (HC 400.254-3/6-Diadema, 2.^a C., rel. Silva Pinto, 09.12.2002, v.u., *JUBI* 80/03). cremos mais acertada a segunda posição, mesmo porque é a única que está em sintonia com as regras processuais penais. O art. 203 do CPP é expresso ao mencionar que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (...)”. Em seguida, lê-se no art. 208: “Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206” (neste dispositivo legal menciona-se que podem eximir-se de depor o ascendente, o descen-

dente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão, o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado). Ora, analisando-se em conjunto tais normas, tem-se o seguinte: o compromisso é o ato solene que concretiza, tornando expresso, o dever da pessoa que testemunha de dizer a verdade, sob pena de ser processada por falso testemunho. E nem se diga que é mera formalidade, cuja falta nem mesmo implica em nulidade, pois se está analisando a situação sob o prisma do sujeito ativo, e não do processo. Se a falta do compromisso vai ou não causar nulidade é irrelevante, diante da ausência propositada do alerta à pessoa que vai depor de que está *obrigada* a dizer a verdade. Aliás, somente poderia estar obrigada ou desobrigada de acordo com a lei. Por isso, quando o juiz olvidar o compromisso de pessoa que está *legalmente obrigada* a dizer a verdade, não se afasta o crime de falso. Entretanto, se, ao contrário, a ela expressamente não deferir o compromisso, deixando claro tratar-se de meras declarações, não há como punir o sujeito que mentiu. Sem o compromisso, não se pode exigir que o depoente fale a verdade, mesmo porque as pessoas que estão imunes à promessa de dizer a verdade são justamente as que não têm condições emocionais de fazê-lo ou, por conta de deficiência mental ou falta de maturidade, terminam não narrando a verdade. Como se pode exigir do pai do réu – eximido da obrigação de depor (art. 206, CPP) – que conte a verdade do que aconteceu, mesmo sabendo que o filho pode ir, graças ao seu depoimento, para a cadeia? Excepcionalmente, diz o próprio art. 206, parte final, quando por outra forma não for possível obter ou integrar a prova do fato e de suas circunstâncias, pode o magistrado determinar a inquirição dessas pessoas, *embora sem lhes deferir o compromisso* (art. 208). E por quê? Qual razão teria o legislador ao determinar para

uns o compromisso e para outros, não? É evidente, para nós, que a intenção é diferenciar a testemunha do mero declarante. A testemunha tem o dever de dizer a verdade, porque compromissada, logo, sujeita às penas do crime de falso, que é a consequência jurídica do descumprimento do dever que assumiu. O declarante não possui o dever de narrar a verdade e está sendo ouvido por pura *necessidade* do juízo na busca da verdade real, embora não preste compromisso, como a lei assegura. O magistrado levará em consideração o seu depoimento com reserva, fazendo o possível para confrontá-lo com as demais provas dos autos. Não fosse assim e todos deveriam ser compromissados, sem exceção, respondendo pelo crime de falso. Entendemos, outrossim, que a obrigação de depor pode existir, mesmo para os que não forem compromissados – porque está expresso em lei (art. 206, *fine*, CPP) –, mas não com a incidência do art. 342 do Código Penal. A despeito da figura típica criada para punir o falso testemunho, como crime contra a administração da justiça, é preciso considerar que o sistema de produção de provas – alicerce da distribuição de justiça – é disciplinado pelo Código de Processo Penal, não podendo a lei penal interferir em seara alheia. Se há compromisso para alguns e não há para outros, é indispensável respeitar tal sistemática, sob pena de haver o predomínio indisfarçável do Código Penal sobre o de Processo. O mesmo se diga no tocante à vítima (art. 201), para quem também não se exige o compromisso de dizer a verdade, justamente porque é parte envolvida no fato delituoso, tendo sofrido a conduta e estando emocionalmente vinculada, em grande parte, à punição da pessoa que julga ser culpada por seu sofrimento. Tanto é verdade, que a vítima não se inclui no rol de testemunhas (está em capítulo diverso do referente às testemunhas) e não

presta depoimento, mas “declarações” (art. 201, *caput*, CPP). E, arrematando, note-se o disposto no art. 210, *caput*, parte final, do CPP – “... devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho” –, que se refere, naturalmente, às *testemunhas* que prestam depoimento sob compromisso, e não aos meros declarantes (incluindo-se nestes as vítimas). Convém mencionar o raciocínio esposado por Antonio Carlos da Ponte, alegando ser dispensável o compromisso, que possui “conotação estritamente no campo valorativo das declarações da testemunha, de forma que sua dispensa serve apenas para considerar-se menos intenso seu valor probante. Em tal linha de argumentação, note-se que a Lei 8.455, de 24.08.1992, alterou diversas disposições do Código de Processo Civil, referentes à produção de prova pericial, dispensando o compromisso aos peritos e assistentes técnicos. Certamente, não é crível imaginar que, em decorrência da alteração sofrida pela lei processual civil, que deixou de exigir o competente compromisso por parte dos peritos, estes ficaram, conseqüentemente, à margem do tipo previsto no art. 342 do Código Penal, dirigido a testemunhas, peritos, tradutores e intérpretes, uma vez que o compromisso não integra o tipo penal” (*Falso testemunho no processo*, p. 35-36). Permitimo-nos discordar. No tocante às testemunhas, já expusemos o nosso entendimento, salientando que o compromisso não tem valor unicamente decorativo, nem formal, tanto assim que há pessoas dispensadas de depor e, se o fizerem, prestam depoimento como meros declarantes – ainda que o valor probatório da declaração possa ser superior ao do depoimento da testemunha. Quanto aos peritos, a dispensa do compromisso, formalizado no ofício judicial, não foi abolida, mas, ao contrário, foi estipulada em lei, com o fito de evitar burocracia. O art. 422 do CPC

menção que “o perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente do termo de compromisso”. Fala-se em dispensa do *termo* de compromisso, e não deste último. Logo, o compromisso é previsto em lei, abrangendo toda pessoa que se dispuser a desempenhar a função de perito. Seria como a lei estabelecer que toda pessoa, ouvida em juízo, em qualquer situação, está automaticamente obrigada a dizer a verdade. Se assim fosse, estaria fixado o compromisso legal de dizer a verdade, o que não ocorre no contexto das testemunhas. Portanto, continua o perito obrigado a não falsear seus trabalhos, porque a lei faz a determinação expressamente. Merece ser mencionado, ainda, em matéria de direito comparado, o disposto no Código Penal alemão. Com finalidade expressa de punir quem mente em juízo, há dois tipos penais: *a)* declaração falsa sem compromisso, destinado à pessoa que, como testemunha ou perito, esteja depondo em juízo e falte com a verdade. A pena será de 3 meses a 5 anos (§ 153); *b)* perjúrio, que é o autêntico falso testemunho, de quem, compromissado a dizer a verdade, mente em juízo. A pena será de, no mínimo, um ano (§ 154). Por isso, mais uma vez insistimos, o crime de falso testemunho, previsto no Código Penal brasileiro, deve ser punido unicamente quando a pessoa prestar o compromisso de dizer a verdade. Quisesse a lei abranger as duas formas e deveria ter criado as duas figuras típicas compatíveis, pois são situações nitidamente diferentes.

63. Objetos material e jurídico: os objetos materiais podem ser o depoimento prestado, o laudo apresentado, o cálculo efetuado ou a tradução realizada por escrito ou verbalmente. O objeto jurídico é a administração da justiça, que pode ficar comprometida diante das falsidades aventadas.

64. Concurso de pessoas no crime de falso: entendemos perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia. O crime é de mão própria: embora isso queira significar ter o autor de cometê-lo pessoalmente, nada impede tenha ele o auxílio de outrem. Há voz destoante afirmando tratar-se de exceção pluralista ao sistema monista ou unitário adotado no concurso de pessoas. Assim, quis o legislador punir aquele que presta falso testemunho ou produz falsa perícia (art. 342), e, em outro tipo penal, deliberou punir aquele que suborna testemunha ou perito (art. 343). Teria feito o mesmo com o aborto (o tipo do art. 124 é aplicado à gestante que pratica o aborto e o tipo do art. 126 seria aplicado ao sujeito que lhe dá apoio) e com outras figuras típicas. Não nos parece seja este o caso. As exceções pluralistas à doutrina unitária do crime são específicas e não podem ser ampliadas pelo intérprete. Portanto, a pessoa que *provoca* o aborto com consentimento da gestante responde pelo art. 126, mas o sujeito que instiga a gestante a praticar o auto-aborto ingressa, como partícipe, no art. 124. Seria injusto deixá-lo impune e seria ainda mais despropositado incluí-lo na figura do art. 126, pois ele efetivamente não *provocou*, apenas deu a idéia. Se induzir fosse o mesmo que provocar (“ser causa de”), poderíamos sustentar ser criminosa a mãe que tem a idéia fixa de abortar, terminando por conseguir um aborto natural... Ela estaria “induzindo” a si mesma, o que é ilógico, visto que a conduta é ativa e naturalística, tendo o sentido de dar causa, promover ou gerar o aborto. Destarte, a pessoa que mentiu deve responder pelo falso testemunho, enquanto aquele que a induziu ingressa no tipo como partícipe. Prevendo figura à parte, mas dando-lhe o destaque devido

– até mesmo para que alguns não aleguem tratar-se de simples partícipe, reduzindo-lhe a pena –, quis o legislador tipificar o suborno (dar dinheiro para a testemunha mentir ou o perito falsear), no art. 343. A exceção criada é específica e não impede a incursão no art. 342 de quem é partícipe. Note-se, ademais, que os defensores da impossibilidade de participação do agente que induz a mulher a abortar, na figura do art. 124, terminam sustentando o ingresso na figura mais grave do art. 126. Dever-se-ia fazer o mesmo no caso do sujeito que induz, instiga ou auxilia alguém a mentir, colocando-o, artificialmente, no art. 343? Cremos que não. A ele cabe, com perfeição, a participação no crime de falso testemunho ou falsa perícia do art. 342. Defendendo a impossibilidade de punição do partícipe, em atenção à teoria pluralista adotada pelo legislador: STJ: REsp 147.394-SP, 6.^a T., rel. Fernando Gonçalves, 19.05.1998, v. u., *DJ* 08.06.1998, p. 187. Alguns outros argumentam ser incabível a participação porque o art. 343 pune a pessoa que suborna testemunha com a mesma pena do crime de falso testemunho. Logo, seria injusto punir o partícipe, que não suborna, com a mesma sanção daquele que alicia outro a mentir. O argumento é de *justiça por comparação*. Essa posição encontra-se superada pela modificação introduzida pela Lei 10.268/2001, que aumentou consideravelmente a pena do crime de suborno a testemunha e peritos em geral (art. 343), passando-a de 1 a 3 anos para 3 a 4 anos, mantida a multa. Logo, o partícipe do falso testemunho – aquele que induziu, instigou ou auxiliou à produção da mentira ou da falsidade – será punido com sanção bem menor do que a pessoa que subornar testemunha ou perito. A despeito disso, já sustentávamos, antes da reforma, ser indispensável considerar que muitos partícipes apresentam comportamento mais reprovável do que a testemunha que men-

tiu, merecendo, pois, exatamente a mesma sanção. Uma pessoa culta e preparada que induza outra, simples e ignorante, a prestar um depoimento falso pode apresentar comportamento muito mais daninho à sociedade do que a conduta do autor direto da mentira. Acrescente-se, ainda, que há pessoas com forte poder de argumentação que somente conseguem o seu objetivo – fazer alguém cometer o falso testemunho – justamente porque não lhe ofereceu dinheiro ou qualquer vantagem, mas o convenceu de que a justiça, naquela situação concreta, seria faltar com a verdade. Tivesse oferecido vantagem e não teria logrado êxito. Assim, nunca nos convenceu o argumento de que o suborno (art. 343) não poderia ter a mesma pena de quem convencesse outrem a mentir sem lhe dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem. Diga-se, a bem da verdade, que o desvalor da conduta é idêntico: convencer uma pessoa a mentir à autoridade, por dinheiro ou por força de argumentos escusos, tem a capacidade de ferir com igual intensidade a administração da justiça. Além disso, é preciso anotar que o lucro do agente que mente pode não ser visível, de forma que pode não estar configurado o suborno (figura do art. 343), e, ainda assim, o crime de falso é cometido (ex.: a pessoa, convencida pelo advogado do réu, embora sem qualquer promessa de vantagem imediata, mente em juízo para protegê-lo, crente de que, no futuro, poderá contar com favores do acusado ou mesmo do causídico). Logo, não vislumbramos óbice algum para a punição do partícipe no crime do art. 342. Nessa linha: STF: RHC 74.395-SP, 2.^a T., rel. Maurício Corrêa, 10.12.1996, m. v. (citando vários precedentes do STF); STJ: “É possível a participação no delito de falso testemunho (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso)” (HC 36.287-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 17.05.2005, v. u., *DJ* 20.06.2005, p. 305); RHC 3.354-BA, 5.^a T.,

rel. Flaqueur Scartezzini, 09.03.1994, v. u., *DJ* 04.04.1994, p. 6.690; RHC 3.046-SP, 6.^a T., rel. Anselmo Santiago, 05.04.1994, m. v., *DJ* 14.04.1997, p. 12.799; REsp 41.189-SP, 5.^a T., rel. José Dantas, 23.02.1994, v. u., *DJ* 07.03.1994, p. 3.673. E mais: RT 566/388, 607/403, 598/443, 641/386 (todos do STF); RT 604/348, JTJ 140/293, 162/287, 742/558 (STJ); TJMG, HC. 1.00000.04.412899-9/00001, 2.^a C., rel. Herculano Rodrigues, 14.10.2004, v. u.. Na doutrina: Antonio Carlos da Ponte, admitindo a possibilidade de punição da pessoa que induz, instiga ou auxilia outra a cometer o falso (*Falso testemunho no processo*, p. 49-50); Luiz Regis Prado, no mesmo sentido (*Falso testemunho e falsa perícia*, p. 121-126 e 146); Fernando José da Costa (*Ofalso testemunho*, p. 78 e 83), acrescentando, inclusive, com nitidez, a posição do advogado partícipe: “Com relação ao advogado ser partícipe ou não do crime de falso testemunho, posição preferível é aquela que entende possível a participação do advogado como partícipe desse crime. O advogado pode e deve orientar a testemunha, porém jamais poderá induzi-la, auxiliá-la ou instigá-la à prática do falso testemunho. Tal conduta configura a participação no crime de falso testemunho”. Ainda assim, congregando opiniões contrárias ao concurso de pessoas no crime de falso testemunho: RT 552/298, 557/287, 572/291, 570/289, 579/303, 655/281, 689/412 (STJ).

65. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial). Aliás, é delito de mão própria – que necessita ser cometido diretamente pelo agente. É crime formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico), consumando-se ao final do depoimento. Nessa linha: STF: HC 69.047-RJ, 1.^a T., rel. Sepúlveda Pertence, 10.03.1992, v. u., *DJ*

24.04.1992, p. 5.377; STJ: RHC 4.343-PR, 6.^a T., rel. Adhemar Maciel, 13.06.1995, m. v., *DJ* 03.03.1997, p. 4.707. É, também, de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, dependendo da forma como é praticado, e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (delito cuja ação é composta por ato impossível de ser fracionado); não admite tentativa. Contra, admitindo a possibilidade de tentativa, mas esvaziando totalmente a possibilidade de sua punição, Luiz Regis Prado: “Parece bem observar que o reconhecimento da possibilidade de tentativa não significa que esta deva ser punível. Ao contrário, razões múltiplas, inclusive de política criminal, favorecem sua impunidade. Além da retratação, praticamente inexistente possibilidade de uma tentativa de falso testemunho produzir uma decisão errônea” (*Falso testemunho e falsa perícia*, p. 121). Mantemo-nos fiéis à doutrina majoritária, que não a admite, por absoluta impossibilidade lógica. Não há como fracionar um depoimento, em que a testemunha, por ir e vir muitas vezes, pode mentir e, logo em seguida, contar a verdade, pode narrar a verdade e mentir de novo. Somente quando findar o que está falando o juiz terá condições de concluir se, afinal, mentiu ou não. Logo, para aqueles que entendem ser cabível prisão em flagrante nesse caso, devem esperar que a testemunha assine o que declarou. Jamais deve-se dar a voz de prisão durante o depoimento, pois há possibilidade de a testemunha tornar atípica a conduta que possa ter-se iniciado típica, isto é, voltar atrás na mentira que

estaria a narrar. Acrescentamos, ainda, que o crime de falso testemunho adquire o contorno de delito condicionado, que, por sua natureza, não aceita tentativa. Exige-se, para a condenação do agente, o advento da sentença, com trânsito em julgado, no processo onde o falso foi proferido, admitindo-se ter havido prejuízo à administração da justiça (até a decisão final, a testemunha pode retratar-se, o juiz pode considerar irrelevante suas declarações ou o tribunal, em grau de recurso, considerar que ela não mentiu, não se aperfeiçoando a infração penal).

66. Crime de bagatela: é possível ocorrer também no contexto do crime de falso testemunho, desde que seja uma inverdade que pouco resultado traga e, ao contrário, já tenha sido rechaçada pela própria realidade dos fatos. Registre-se o exemplo dado pela jurisprudência, de um falso testemunho cometido por familiares, dando conta de inverídicos maus-tratos, o que propiciou a instauração de inquérito policial, fruto, no entanto, de desavenças familiares, afinal superadas: STJ: “Trancamento recomendado pela insignificância penal do ato da desavença entre familiares afinal harmonizados, na exata conceituação do chamado crime de bagatela” (RHC 3.725-SP, 5.^a T., rel. José Dantas, 15.06.1994, v. u., DJ 01.08.1994, p. 18.665).

67. Competência para apurar o crime de falso: cabe à Justiça Estadual, se foi da sua competência o processo onde o falso foi produzido, o mesmo aplicando-se à Justiça Federal. Se o crime de falso se der em processo eleitoral, a competência é da Justiça Federal: TJSP: “À míngua de conexão com qualquer crime eleitoral, o processo por falso testemunho prestado em detrimento da Administração da Justiça Eleitoral compete à Justiça Federal” (Ap. 271.105-3-Valparaíso,

3.^a C. Extraordinária, rel. Marcos Zanuzzi, 16.05.2001, v. u., JUBI 60/01). Verificar, ainda, o disposto na Súmula 165 do STJ: “Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista”. Sob outro prisma, é importante destacar que cabe ao juízo deprecado, onde foi colhido o depoimento, processar e julgar o crime de falso cometido em carta precatória. Afinal, o delito de falso testemunho é formal e consuma-se após a finalização do depoimento (ver nota 31 ao art. 206 do nosso CPP comentado).

68. Causa de aumento de pena: existem quatro hipóteses para o falso testemunho, aplicando-se o mesmo raciocínio para os demais sujeitos ativos deste crime: *a)* a pessoa mente sem ser subornada, tenha sido convencida por outro sujeito ou não – tipifica-se o art. 342; *b)* a pessoa induz, instiga ou auxilia outrem a mentir, sem lhe prometer vantagem – tipifica-se a figura do art. 342, combinado com o art. 29 (participação); *c)* a pessoa mente, porque foi subornada – responde pelo art. 342, § 1.^o, ou seja, com a pena aumentada de um sexto a um terço; *d)* a pessoa induz, instiga ou auxilia outrem a mentir, dando, oferecendo ou prometendo dinheiro ou qualquer vantagem – em vez de responder pelo delito do art. 342, § 1.^o, preferiu o legislador criar uma figura autônoma, prevista no art. 343, atualmente com pena devidamente maior que aquela que recebe a testemunha que falseia a verdade. O indivíduo que suborna recebe 3 a 4 anos (na forma simples) ou a mesma pena, porém com aumento de um sexto a um terço (se o processo é criminal ou processo civil com parte constituída por entidade da Administração Pública direta ou indireta). O subornado recebe o montante de 1 a 3 anos, aumentado de um sexto a um terço.

69. Sentido da expressão processo penal: chegamos a afirmar que essa expressão abrangeria, igualmente, o inquérito policial e o processo judicial, pois, em ambos, estar-se-ia produzindo prova para valer no contexto criminal. Revemos esse posicionamento, pois equivocado. Não nos parece correta a doutrina que apregoa estar o inquérito policial abrangido nesta figura com pena particularmente aumentada (cf. Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 620; Damásio, *Código Penal anotado*, p. 971). Afinal, o *caput* do artigo já inclui, expressamente, o inquérito policial, não podendo, naturalmente, a figura prevista no § 1.º, que contém causa de aumento da pena, abrangê-lo novamente. Seria um despropósito. Afinal, indagar-se-ia: se o falso é cometido no inquérito policial – que se destina, unicamente, a servir de preparo para o processo penal –, responde o agente pela figura simples do *caput* ou pela específica do parágrafo? Obviamente, por exclusão e dentro da lógica, ao inquérito policial, constituindo mero procedimento administrativo, reserva-se o falso testemunho simples (*caput*), enquanto para o processo judicial penal aplica-se a figura específica do § 1.º. Nessa linha, a ótica de Hungria: “Processo penal se entende o que corre perante autoridade judiciária, pouco importando que verse sobre crime ou contravenção. É irrelevante que o depoimento falso seja prestado para o efeito de condenação ou de absolvição” (*Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 487). Aliás, é razoável supor que um falso prestado no inquérito policial, cujo destino primordial é formar a convicção do Ministério Público para o oferecimento de denúncia, não possa ter a mesma força que o falso cometido diante do juiz criminal, que irá, efetivamente, julgar a causa.

70. Entidade da Administração Pública direta: são os órgãos integrantes das

pessoas jurídicas políticas, como a União, o Estado, o Município e o Distrito Federal.

71. Entidade da Administração Pública indireta: são as pessoas jurídicas possuidoras de personalidade de direito público ou privado, executando atividade administrativa típica do Estado, como as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas.

72. Processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta: é nova causa de aumento de pena, justamente para garantir maior punição àqueles que causam, de uma forma direta ou indireta, um prejuízo considerável à sociedade, pois prejudicada pode ser a pessoa jurídica de direito público interno, bem como os órgãos que exercem a função administrativa, refletindo em toda coletividade que sustenta, em última análise, a atividade estatal. Entendemos, no entanto, que a causa de aumento deveria ter sido relacionada exclusivamente ao caso de falso cometido por testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, visando ao prejuízo da entidade da Administração Pública direta ou indireta. Quando o falso beneficiar o Estado, não haveria razão de se aumentar a pena do agente, pois a coletividade não sairia prejudicada. Nem se diga que a administração da justiça foi afetada, pois esse é, realmente, o objeto jurídico protegido para qualquer tipo de falso, envolvendo, inclusive a figura simples, prevista no *caput*. Mas, do modo como ficou constando, após a reforma introduzida pela Lei 10.268/2001, não se distingue entre as duas hipóteses, motivo pelo qual basta estar presente, no pólo ativo ou passivo da demanda, entidade da Administração Pública para configurar a causa de aumento.

73. Condição negativa de punibilidade: por política criminal, em busca da verdade real e no interesse da administração da justiça, o legislador criou uma escusa para evitar a punibilidade de um crime já aperfeiçoado. Portanto, apesar de consumado o falso no momento em que o depoimento da testemunha é concluído ou o laudo é entregue, pode o agente, retratando-se (desdizendo-se), apresentar a verdade. Em face disso, não mais se pune o crime cometido. Expressamente, diz o art. 107, VI, tratar-se de causa extintiva da punibilidade, embora a sua natureza jurídica seja, na realidade, de excludente de tipicidade, uma vez que a lei utiliza a expressão “o fato deixa de ser punível”. Se o *fato* não é punível, logo, nem mesmo deve ser considerado *típico*.

73-A. Voluntariedade da retratação: há de ser fruto da livre manifestação de vontade do agente, independentemente de qualquer valoração quanto aos motivos que o levaram a tanto. Correta, pois, a lição de Fernando José da Costa: “esta retratação deve ser voluntária, porém, não se exige espontaneidade. Assim, não necessidade o retratante a explicar ou fundamentar o porquê de estar desdizendo algo. Exige-se apenas que seja uma retratação total, isto é, que o agente retrate tudo que foi falsamente declarado ou omitido, não bastando uma retratação parcial” (*O falso testemunho*, p. 130). Logo, pode a testemunha pretender a retratação porque, sinceramente (espontaneidade), se arrependeu da mentira narrada, ou pelo fato de ter sido aconselhada por terceiros, evitando, com isso, responder criminalmente pelo ocorrido (mera voluntariedade).

74. Comunicabilidade aos partícipes: é possível estender a extinção da punibilidade aos partícipes, pois diz a lei que o *fato deixa de ser punível*, não havendo cabimento – dentro da teoria monista

adotada para o concurso de pessoas – que alguns sejam punidos e outros não. Nessa ótica: STJ: HC 36.287-SP, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 17.05.2005, v. u., DJ 20.06.2005, p. 305.

75. Sentença: entenda-se, por natural, a decisão de 1.^o grau do processo onde o depoimento, o cálculo, a tradução ou a perícia falsa foi produzida. A administração da justiça foi lesada a partir do instante em que o juiz do feito, crendo no depoimento, no cálculo, na tradução ou no laudo, julga o caso ao arrepio da realidade, justamente por desconhecer-la ou por estar iludido. Não havia o menor sentido na corrente que sustentava ser admissível a retratação até o momento em que o crime de falso seria julgado, levando em consideração que a *sentença*, referida neste parágrafo, seria a do processo-crime que apurava o ilícito. Hoje, no entanto, a lei foi alterada, corretamente, para constar que se trata da sentença no processo “em que ocorreu o ilícito”. Há julgados, ainda, ampliando a possibilidade de retratação até outros marcos, como o acórdão proferido em grau de recurso ou o trânsito em julgado da sentença, no processo onde se deu o falso.

76. Retratação no procedimento do júri: cremos que o ápice é a decisão em sala secreta tomada pelos jurados. Se a decisão de mérito somente será proferida pelo Conselho de Sentença, não há cabimento para se levar em consideração a decisão de pronúncia, que simplesmente julga admissível a acusação. Em contrário, admitindo a retratação apenas até o momento da pronúncia: Fernando José da Costa (*O falso testemunho*, p. 132-133).

77. Condição para instauração do inquérito ou da ação pelo crime de falso: cometido o delito de falso testemunho ou falsa perícia, é natural que o inquérito possa

ser requisitado ou instaurado de ofício. Pensávamos não devesse, no entanto, o suspeito ser indiciado, nem ter contra si ajuizada a ação penal. Alteramos o nosso entendimento, pois é preciso haver a investigação, antes que as provas se percam, em especial quando se tratar da memória de testemunhas acerca do fato, além de poder haver o indiciamento – que poderá ser cancelado, caso haja a futura retratação. Por outro lado, o ajuizamento da ação penal é fundamental para interromper a prescrição (art. 117, I, CP). Aguarda-se, apenas, o término definitivo do processo onde o falso se deu para, então, julgar o processo-crime onde se apura o falso testemunho. Assim, suspende-se o curso do feito onde se apura o falso, aguardando o julgamento do outro processo, o que levará à suspensão da prescrição (art. 116, I, CP). Sustentando poder haver ação penal por crime de falso antes do julgamento do feito onde o falso se deu, embora se devendo aguardar a solução deste último processo para que aquele seja julgado: STJ: REsp 174.486-DE, 5.^a T., rel. Felix Fischer, 03.12.1998, v. u., DJ 22.02.1999, p. 123.

78. Extinção da punibilidade no processo onde o falso se deu: impossibilitada a retratação do agente, bem como tornando-se impossível detectar se, realmente, houve falso testemunho, uma vez que não houve julgamento concernente ao valor do depoimento prestado, é de se estender a extinção da punibilidade para o processo que apura o falso. Nessa ótica: TJSP: “Ficando inviabilizada a retratação pelo falso testemunho, em virtude do processo onde o depoimento foi prestado não ter atingido a prestação jurisdicional, deve se estender a decisão extintiva da punibilidade ao processo por falsidade testemunhal” (Ap. 255.360-3-SP, 3.^a C., rel. Segurado Braz, 09.11.1999, v. u., JUBI 44/00).

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer⁷⁹⁻⁸¹ dinheiro ou qualquer outra vantagem⁸² a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete,⁸³ para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade⁸⁴ em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.⁸⁵⁻⁸⁷

Pena – reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.⁸⁸

79. Análise do núcleo do tipo: *dar* (presentear ou conceder), *oferecer* (propor para que seja aceito, apresentar) e *prometer* (comprometer-se a fazer alguma coisa) referem-se a dinheiro ou qualquer vantagem destinada a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete para o cometimento de falso testemunho ou falsa perícia. É o suborno (oferta de vantagem para obter algo ilícito).

80. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Logo, não há necessidade de ser sujeito qualificado: “Não basta a condição de testemunha em potencial para configurar o delito gizado no art. 343 do Código Penal. A tipificação verificar-se-á quando o agente efetuar a promessa de dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha arrolada pelas partes ou convocada pelo Juiz a depor” (TJSP, HC 339.873-3-São Roque, 1.^a C., rel. Andrade Cavalcanti, 12.02.2001, v. u., JUBI 59/01). O sujeito passivo é o Estado, primordialmente. Em segundo plano, pode ser a pessoa prejudicada pelo depoimento ou pela falsa perícia.

81. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo específico, consistente na vontade de conspurcar

a administração da justiça. Não existe a forma culposa.

82. Dinheiro ou qualquer outra vantagem: vale-se a lei da interpretação analógica: fornecendo o exemplo da vantagem que pode ser destinada a testemunhas, peritos, contadores, tradutores e intérpretes, termina generalizando para qualquer outra semelhante. Portanto, é indispensável que a *vantagem* oferecida tenha algum valor econômico, mesmo que indireto, para o agente. Não fosse assim e seria completamente desnecessário ter a descrição típica mencionado o elemento *dinheiro* (moeda em vigor, que serve para, havendo troca, a obtenção de mercadorias e serviços), bastando dizer *qualquer vantagem*.

83. Conceito de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete: ver nota 60 ao art. 342. Exige-se, no entanto, que a pessoa, destinatária do dinheiro ou da vantagem, ostente a condição de testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete no momento da conduta típica.

84. Fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade: ver nota 55 ao art. 342.

85. Expressão *ainda que a oferta ou promessa não seja aceita*: não há mais essa expressão, retirada pela Lei 10.268/2001. Tratava-se de uma ressalva inútil feita pelo tipo penal para destacar que o crime comporta, na realidade, três fases: dar, oferecer ou prometer, sem que o destinatário aceite (mera conduta); dar, oferecer ou prometer, com a aceitação do destinatário, mas sem que haja o falso (formal); e dar, oferecer ou prometer, com a aceitação do destinatário e havendo o falso (exaurido). Atualmente, basta considerar o crime como sendo de mera atividade, pouco importando que o resultado ínsito ao tipo – prejuízo para a administração da justiça – seja alcançado.

86. Objetos material e jurídico: o objeto material é a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. O objeto jurídico é a administração da justiça.

87. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (que pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (crime que pode ser praticando em um único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa, quando na modalidade plurissubsistente.

88. Figura qualificada e causa de aumento da pena: não existe mais a forma qualificada, substituída por um aumento de pena. Antes do advento da Lei 10.268/2001, previa-se a aplicação da pena em dobro – tanto o mínimo, quanto o máximo, eram alterados. Atualmente, quando o delito for cometido com a finalidade de produzir prova em processo penal ou em processo civil envolvendo a participação de entidade da Administração Pública direta ou indireta, dá-se um aumento variável de um sexto a um terço. Ver nota 72 a respeito dessas situações feita ao art. 342.

Coação no curso do processo

Art. 344. Usar⁸⁹⁻⁹⁰ de violência ou grave ameaça,⁹¹ com o fim de favorecer interesse

próprio ou alheio,⁹² contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir⁹³⁻⁹⁵ em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.⁹⁶

89. Análise do núcleo do tipo: *usar* (empregar ou servir-se) de violência (coação física) ou grave ameaça (séria intimidação) para coagir pessoa envolvida em processo judicial, policial ou administrativo ou juízo arbitral.

90. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo há de ser o Estado, em primeiro plano, mas, secundariamente, a pessoa que sofreu a violência ou a grave ameaça.

91. Caráter da ameaça: não se exige que se trate de causar à vítima algo injusto, mas há de ser intimidação envolvendo uma conduta *ilícita* do agente, isto é, configura-se o delito quando alguém usa, contra pessoa que funcione em um processo judicial, por exemplo, de grave ameaça *justa*, para obter vantagem (imagine-se o agente que, conhecendo algum crime do magistrado, ameace denunciá-lo à polícia, o que é lícito fazer, caso não obtenha ganho de causa). Nota-se que, no caso apresentado, a conduta não é lícita, pois ninguém está autorizado a agir desse modo, buscando levar vantagem para encobrir crime alheio. Por outro lado, se a conduta disser respeito ao advogado que intimide a testemunha lembrando-a das penas do falso testemunho caso não declare a verdade, trata-se de conduta lícita, pois é interesse da administração da justiça que tal ocorra, vale dizer, que diga a verdade do que sabe. Nesse prisma: STJ: “Crime de coação no curso do processo – Advogado que faz advertência a testemunha no sentido

de retratar-se para que não seja processada por falso testemunho – Não caracterização do crime. Embora não se exija, no tipo do art. 344 do CP, que o mal ameaçado seja injusto, a gravidade da ameaça, no caso, dependeria de ser o testemunho realmente falso, hipótese em que o advogado estaria agindo nos limites do exercício regular da profissão”. Houve trancamento do inquérito policial (REsp 24.544-SP, 5.ª T., rel. Assis Toledo, 28.10.1992, v. u., DJ 16.11.1992, p. 21.154).

92. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, havendo, expressamente, elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de favorecer interesse próprio ou alheio em processo ou em juízo arbitral. Conferir: TRF-3.ª Região: “O delito do artigo 344, do CP, exige, para sua configuração, o dolo específico, consistente na vontade conscientemente dirigida ao emprego de violência ou grave ameaça, para o fim de favorecer interesse próprio ou alheio” (Ap. 2001.03.99.040866-0 11558 Ap. Crim.-SP, 2.ª T., rel. Cecília Mello, 17.12.2004, v. u.). Não há a forma culposa.

93. Autoridade, parte ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir: trata-se de interpretação analógica. O tipo penal oferece o molde, demonstrando por intermédio de menção a autoridade e a parte que é preciso ser pessoa de algum modo ligada a um processo judicial, policial ou administrativo, ou a juízo arbitral. Portanto, não somente a autoridade que conduz o processo, nem tampouco só a parte nele envolvida podem ficar expostas à coação, mas também outros sujeitos que tomem parte no feito, tais como os funcionários que promovem o andamento processual, a testemunha que vai depor, o perito que fará um laudo, o jurado, dentre outros.

94. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a coação. O objeto jurídico é a administração da justiça.

95. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração da justiça). Assim: TRF-3.^a Região: Trata-se de delito formal, que se consuma com o mero emprego de violência ou grave ameaça, independentemente de qualquer outro resultado naturalístico, devendo recair, necessariamente, sobre as pessoas mencionadas na referida norma legal (Ap. 2001.03.99.040866-0 11558 Ap. Crim.-SP, 2.^a T., rel. Cecília Mello, 17.12.2004, v. u.); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ("usar" implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.^o, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

96. Tipo cumulativo: havendo o emprego de violência, no lugar da grave ameaça, fica o agente responsável também pelo que causar à integridade física da pessoa, devendo responder em concurso material. Vide nota 101-A ao art. 69.

Exercício arbitrário das próprias razões

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos,⁹⁷⁻⁹⁹ para satisfazer pretensão,¹⁰⁰⁻¹⁰¹ embora legítima,¹⁰² salvo quando a lei o permite:¹⁰³⁻¹⁰⁴

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.¹⁰⁵

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.¹⁰⁶

97. Análise do núcleo do tipo: *fazer justiça pelas próprias mãos* significa obter, pelo próprio esforço, algo que se considere justo ou correto. Trata-se de conduta de nítida equivocidade, pois se presta à visão do agente, e não da sociedade ou do Estado. Portanto, é correta a sua tipificação como delito, até mesmo porque o monopólio de distribuição de justiça é estatal, não cabendo ao particular infringir tal regra de apaziguamento social.

98. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é, principalmente, o Estado, que tem a sua atividade de compor conflitos usurpada, prejudicando a administração da justiça, mas, secundariamente, é a pessoa contra a qual se volta a conduta do agente.

99. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, havendo, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de satisfazer qualquer tipo de aspiração. Não existe a forma culposa.

100. Caráter da pretensão: há de ser um interesse que possa ser satisfeito em juízo, pois não teria o menor cabimento considerar *exercício arbitrário das próprias razões* – delito contra a administração da justiça – a atitude do agente que consegue algo incabível de ser alcançado através da atividade jurisdicional do Estado.

101. Elemento normativo do tipo: a *legitimidade* (algo que é fundado no direito ou na justiça) não é levada em conta para a configuração do tipo penal, isto é, o objetivo do legislador é impedir que as pessoas

invadam competência exclusiva do Estado para compor os conflitos emergentes na sociedade, de forma que é indiferente ser a pretensão do autor legal ou ilegal, justa ou injusta.

102. Ressalva do exercício regular de direito: a parte final do tipo penal – *salvo quando a lei o permite* – é desnecessária, pois óbvia. Se a lei permite que o agente atue dentro do exercício de um direito, torna-se evidente que não se pode considerar criminosa a conduta. Assim, quando o direito civil autoriza que o “possuidor turbado ou esbulhado” mantenha-se ou restitua-se “por sua própria força, contanto que o faça logo” (art. 1.210, § 1.º, CC), cria o direito de o agente – através da “legítima defesa da posse” – *fazer justiça pelas próprias mãos*. Note-se que, nesse caso, há autorização estatal para tal postura, não se considerando usurpação de função, nem tampouco prejuízo para a administração da justiça, até mesmo porque o Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo. Permite, então, que o particular defenda-se diretamente, fazendo uso de um direito.

103. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa ou pessoa que sofre a conduta do agente. O objeto jurídico é a administração da justiça.

104. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva satisfação da pretensão). Há posição em sentido contrário, considerando material a infração penal, necessitando, para a consumação, que o agente satisfaça sua pretensão. É de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“fazer” implica em ação) e, excepcionalmente, omis-

sivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

105. Delito de caráter subsidiário: havendo o emprego de violência na atuação do agente, haverá concurso material de infrações, responsabilizando-se o autor pelo que causar à integridade física da pessoa. Não se trata de um caso de subsidiariedade explícita, isto é, quando o tipo deixa de ser aplicado ao ocorrer outro mais grave, envolvendo-o, mas não deixa de ter um aspecto subsidiário, demonstrando que a violência não fica absorvida pela prática da coação, merecendo punição à parte.

106. Crime de ação pública ou privada: conforme o caso concreto, inexistindo violência, deixa o Estado a ação penal sob a iniciativa exclusiva da parte ofendida. Porém, quando o agente empregar atos violentos, torna-se público o interesse, habilitando o Ministério Público a agir.

Art. 346. Tirar, suprimir, destruir ou danificar¹⁰⁷⁻¹⁰⁹ coisa própria,¹¹⁰ que se acha em poder de terceiro¹¹¹ por determinação judicial ou convenção.¹¹²⁻¹¹³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

107. Análise do núcleo do tipo: *tirar* (arrancar ou retirar), *suprimir* (eliminar ou fazer com que desapareça), *destruir* (aniquilar ou extinguir) ou *danificar* (causar dano ou provocar estrago), tendo por objeto coisa própria em poder de terceiro. É tipo misto

alternativo, significando que o agente pode praticar uma única conduta, ou todas, e o delito será um só.

108. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o proprietário da coisa. O sujeito passivo é o Estado, podendo-se falar, secundariamente, na pessoa prejudicada pela conduta.

109. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

110. Conceito de coisa própria: trata-se de objeto pertencente ao próprio sujeito ativo. Pode ser coisa móvel ou imóvel.

111. Em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção: é elementar do tipo que a coisa pertença ao autor da infração penal, embora esteja sob a esfera de proteção e vigilância de terceiro, seja porque o juiz assim determinou (coisa penhorada e guardada em depósito), seja porque as partes haviam acordado que dessa maneira aconteceria (automóvel alugado em poder do locatário).

112. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa tirada, suprimida, destruída ou danificada. O objeto jurídico é a administração da justiça.

113. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (que exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja

consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubstancial (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Fraude processual

Art. 347. Inovar¹¹⁴⁻¹¹⁵ artificialmente,¹¹⁶⁻¹¹⁷ na pendência de processo civil ou administrativo,¹¹⁸ o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.¹¹⁹⁻¹²⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado,¹²¹ as penas aplicam-se em dobro.^{122-123-A}

114. Análise do núcleo do tipo: *inovar* significa introduzir uma novidade. O objeto da conduta é coisa, lugar ou pessoa envolvida em processo judicial. Exige-se que a inovação tenha a capacidade de enganar, constituindo efetivamente uma modificação no estado natural das coisas. Não estão incluídas as alterações naturais das coisas, dos lugares e das pessoas (ex.: deixar crescer a barba ou o bigode). Além disso, aspectos interiores da pessoa, como modificações do estado psíquico ou de ânimo, não servem para a configuração da inovação. Questão interessante é a troca de um réu por outro para dificultar o reconhecimento em audiência: não se pode considerar inovação, pois houve, na realidade, substituição de pessoa.

115. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, principalmente; em segundo plano, a pessoa prejudicada pela inovação artificial.

116. Elemento normativo do tipo:

artificialmente significa usar um recurso engenhoso, malícia ou ardil. A mera inovação, portanto, não causa a concretização do tipo, dependendo-se da atitude engenhosa e fingida do autor, vale dizer, do seu intuito de fraudar.

117. Elemento subjetivo do tipo:

é o dolo. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de fraudar o processo, levando o juiz ou o perito a erro. Não há a forma culposa.

118. Processo civil ou administrativo:

nesse caso, não estão abrangidas as investigações de natureza civil e as sindicâncias. Em se tratando de processo penal, ver o parágrafo único.

119. Objetos material e jurídico:

os objetos materiais são a coisa, o lugar ou a pessoa que sofrem a inovação. O objeto jurídico é a administração da justiça.

120. Classificação:

trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer pessoa); formal (que não exige, para sua consumação, o resultado naturalístico previsto no tipo, ou seja, o efetivo erro do juiz ou do perito). Exige-se, pelo menos, que a inovação tenha efeito, ainda que não chegue ao conhecimento do juiz ou do perito. É de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“inovar” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

121. Ressalva que inclui o inquérito:

admitindo, expressamente, que a inovação possa ocorrer antes mesmo de ter início o processo penal, o tipo acolhe a possibilidade de a conduta dar-se durante a fase de investigação policial. Evidentemente, para a concretização típica, torna-se indispensável aguardar o desfecho do inquérito, pois a inovação artificialista há de produzir efeito em futuro processo penal. Se este não puder ser iniciado, porque houve o arquivamento do inquérito policial, não há que se falar em fraude processual.

122. Causa de aumento de pena:

melhor refletindo, em lugar de qualificadora, cuida-se de aplicação da pena em dobro, o que se dará na terceira fase, vale dizer, quando o juiz lançar as causas de aumento e diminuição existentes (art. 68, *caput*, CP). Os efeitos no processo penal são sempre mais devastadores do que no processo civil ou administrativo, tendo em vista que o erro judiciário pode levar um inocente ao cárcere ou mesmo colocar em liberdade um sujeito perigoso.

123. Autodefesa do acusado:

cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arrumação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito) ou de pessoas (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. Entretanto, há limite para a utilização da autodefesa, quando a inovação de lugar implica, por exemplo, no cometimento de delito mais grave, como a ocultação de cadáver. Este último tem objeto jurídico diverso, que é

o respeito à memória do morto, a merecer sepultamento digno, além de possuir pena mais grave (reclusão, de um a três anos, e multa). Ver a nota 123-A infra.

123-A. Absorção por crime mais grave: se a fraude processual se confundir com o cometimento de delito mais grave, deve ser por este absorvida. O exemplo já foi dado na nota anterior. Se o agente do homicídio promove a destruição ou ocultação do cadáver, uma vez descobertos os delitos, deve responder por homicídio (art. 121, CP), em concurso material com ocultação ou destruição de cadáver (art. 211, CP), mas absorvendo-se a fraude processual. Esta infração penal perde o sentido por duas razões: houve a concretização de delito mais grave (ocultação ou destruição de cadáver), além de implicar no direito de autodefesa. Nesse sentido: STF: “Crime de fraude processual. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para eliminação de vestígios de sangue. Artificio que tenderia a induzir em erro o juiz de ação penal. Fato típico em tese. Inexistência de processo civil ou de procedimento administrativo. Irrelevância. Ato dirigido a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado. Correspondência ao tipo autônomo previsto no parágrafo único do art. 347 do Código de Processo Penal. Hipótese normativa que não é de causa de aumento de pena. Inteligência do texto do art. 347, que contém duas normas. O art. 347 do Código Penal contém duas normas autônomas: a do *caput*, que pune artifício tendente a produzir efeitos em processo civil ou procedimento administrativo já em curso; e a do parágrafo único, que pune ato voltado a produzir efeitos em processo criminal, ainda que não iniciado. 2. Ação penal. Crime de fraude processual penal. Não caracterização. Delito de caráter subsidiário. Homicídio doloso praticado dentro de clínica médica. Limpeza do local para

eliminação de vestígios de sangue. Ato de execução que, inserindo-se no *iter* do delito mais grave de ocultação de cadáver (art. 211 do CP), é por este absorvido. Imputação de ambos os delitos em concurso. Inadmissibilidade. *Bis in idem*. Exclusão da acusação de fraude na pronúncia. HC concedido, por empate na votação, para esse fim. Interpretação conjugada dos arts. 211 e 347, parágrafo único, do CP. O suposto homicida que, para ocultar o cadáver, apaga ou elimina vestígios de sangue, não pode ser denunciado pela prática, em concurso, dos crimes de fraude processual penal e ocultação de cadáver, senão apenas deste, do qual aquele constitui mero ato executório” (HC 88.733-SP, 2.^a T., rel. para o acórdão Cezar Peluso, 17.10.2006, empate, DJ 15.12.2005, p. 110).

Favorecimento pessoal

Art. 348. Auxiliar a subtrair-se¹²⁴⁻¹²⁶ à ação de autoridade pública¹²⁷ autor de crime¹²⁸⁻¹³¹ a que é cominada pena de reclusão:¹³²⁻¹³³

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1.º Se ao crime não é cominada pena de reclusão:¹³⁴

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

§ 2.º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.¹³⁵

124. Análise do núcleo do tipo: *auxiliar a subtrair-se* significa fornecer ajuda a alguém para fugir, esconder-se ou evitar a ação da autoridade que o busca. Não são punidas as condutas de induzir ou instigar alguém a se subtrair da ação da autoridade, podendo, no entanto, haver participação – por induzimento ou instigação – ao auxílio prestado por outrem.

125. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

126. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Cremos existir, ínsito no tipo, o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de ludibriar a autoridade, deixando de fazer prevalecer a correta administração da justiça. Não existe a forma culposa.

127. Autoridade pública: pode ser o juiz, o promotor, o delegado ou qualquer outra que tenha legitimidade para buscar o autor de crime.

128. Autor de crime: poder-se-ia interpretar o termo *crime* neste contexto do mesmo modo que se procede no caso do art. 180, § 4.º, do Código Penal, ou seja, um *injusto* (fato típico e antijurídico). Na visão da doutrina tradicional, seria o crime, sob o ângulo objetivo, sem a culpabilidade que lhe proporcionava o lado subjetivo (dolo e culpa). Na situação do art. 348, no entanto, há um adendo muito relevante – “a que é cominada pena de reclusão” –, afastando-se, com isso, a possibilidade de levar em conta apenas o injusto, pois se deve acrescer ao tipo a possibilidade concreta de o sujeito favorecido pela conduta de quem lhe deu auxílio ser, efetivamente, condenado a uma pena de reclusão. Tal linha de raciocínio afasta, naturalmente, a possibilidade de se considerar típica a conduta da pessoa que auxilia um menor infrator a ocultar-se da polícia ou um doente mental, a quem se impôs medida de segurança, a fazer o mesmo. São sujeitos para os quais não se comina pena de reclusão. O menor de 18 anos comete ato infracional e é sancionado de acordo com legislação especial, enquanto o louco não comete crime sujeito a pena de reclusão. E mais: não existindo o crime anterior, impossível falar em favorecimento pessoal, tendo em vista não estar ferida a

administração da justiça. Assim, qualquer causa que sirva para elidir a configuração do crime anterior (extinção da punibilidade, reconhecimento de excludentes de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade, imunidades, dentre outros) arreda, também, o delito do art. 348. Afasta-se, ainda, a possibilidade de se considerar a contravenção penal, visto que o sentido da palavra *crime* não a inclui. Não fosse assim e o legislador ter-se-ia valido do termo *infração penal*.

129. Diferença entre o favorecimento e a participação: para configurar-se o crime de favorecimento é indispensável que o auxílio seja prestado após o primeiro delito ter-se consumado, isto é, depois que alguém praticou o injusto, buscando esconder-se, fornece-se a ele o abrigo necessário. Se o sujeito oferecer abrigo ou qualquer tipo de ajuda antes do cometimento do crime, trata-se de participação. Além disso, é também curial destacar não ser o autor do crime de favorecimento o co-autor do primeiro, pois, do contrário, estaria havendo indevida punição. Se o comparsa esconde o outro em sua casa, é natural que não responda por favorecimento, uma vez que está, identicamente, protegendo-se. É o que Hungria chama de *autofavorecimento* (*Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 507).

130. Viabilidade do crime anterior: o delito anterior cometido necessita ser juridicamente viável, ou seja, é preciso ter potencialidade de provocar a condenação de alguém. Se houver absolvição, por qualquer causa, não se está diante do favorecimento, uma vez que a pessoa não pode ser considerada *autora* de *crime*. Para tanto, torna-se necessário aguardar o deslinde do processo anterior para o reconhecimento da prática do delito de favorecimento pessoal, pois, se houver absolvição, como mencionado, este crime deixa de existir. Entendemos que o

favorecimento está configurado na hipótese de alguém prestar auxílio a criminoso ainda não condenado, não socorrendo o argumento de que o tipo penal fala em *autor de crime*, e não em *acusado*. Ora, justamente porque se fala em autor de crime é que não se fala em *culpado*. Assim, se o agente dá abrigo em sua casa a um procurado pela polícia, ainda não condenado, pode ficar sujeito às penas do favorecimento, desde que se aguarde a condenação do favorecido. Parece-nos cauteloso instaurar-se o inquérito, aguardando-se o deslinde do processo anterior.

131. Exercício regular de direito: não configura favorecimento pessoal a hipótese de o morador impedir a entrada da polícia, durante a noite, em seu domicílio, ainda que seja para capturar fugitivo. Trata-se de exercício regular de direito, garantido pela Constituição Federal, no art. 5.º, XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”). Logo, caso o autor de crime esteja refugiado em casa alheia, a autoridade policial somente pode ingressar no domicílio durante o dia. Nem se diga que, nessa situação, estaria configurado o flagrante delito de favorecimento pessoal, pois, repita-se, sendo direito do morador resguardar sua casa como asilo inviolável, durante a noite, é impossível dizer que tal atitude, por si só, configura o delito previsto neste artigo. Se, quando alvorecer, permanecer o impedimento, nesse caso, pode-se falar em favorecimento pessoal. Ademais, é preciso analisar quais outras condutas o morador tomou, além de impedir a entrada da polícia durante a noite. Se houve auxílio prestado, sob diferente formato, em tese, pode-se cuidar deste delito, mas se a atitude

de restringiu-se a resguardar o seu lar da invasão policial após o anoitecer, nada há a ser punido.

132. Objetos material e jurídico: o objeto material é a autoridade enganada. O objeto jurídico é a administração da justiça.

133. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente na efetiva ocultação do criminoso); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“auxiliar” implica em ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubsistente (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa.

134. Figura privilegiada: fala-se em favorecimento pessoal privilegiado, cujos mínimo e máximo da pena diminuem quando o crime do indivíduo que foi protegido é sujeito a pena de detenção.

135. Escusa absolutória (imunidade absoluta): não é punido o agente do favorecimento pessoal quando, por razões de política criminal e motivos de ordem sentimental e humanitária, for ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do delinquente.

Favorecimento real

Art. 349. Prestar¹³⁶⁻¹³⁸ a criminoso,¹³⁹ fora dos casos de co-autoria ou de receptação,¹⁴⁰⁻¹⁴¹ auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:¹⁴²⁻¹⁴⁶

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

136. Análise do núcleo do tipo: *prestar auxílio* significa ajudar ou dar assistência. O destinatário do apoio é o criminoso.

137. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

138. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, exigindo-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de tornar seguro o proveito do crime. Não se pune a forma culposa.

139. Conceito de criminoso: há de ser a pessoa que comete o crime, vale dizer, o sujeito ativo do delito. Portanto, nos mesmos moldes do favorecimento pessoal, não se admite o inimputável (menor ou doente mental), posto não ser *criminoso*.

140. Exceções legais: não se incluem no tipo penal do favorecimento real a pessoa que é co-autora (inclua-se, também, o partícipe), tendo em vista o seu natural interesse de se favorecer ocultando o produto do delito, bem como o receptador, que possui tipo específico para sua punição. Aliás, para detectar se se trata de receptação ou favorecimento real, deve-se analisar o destino do proveito do crime: se for em benefício do agente do crime anterior, trata-se da figura do art. 349; caso seja para proveito próprio ou de terceiro, configura-se a receptação.

141. Promessa de auxílio feita antes do cometimento do crime: configura-se, nessa hipótese, modalidade de participação, mas não o crime de favorecimento real. Para o delito do art. 349 é preciso que o agente forneça o auxílio *depois* da prática do crime, sem ter feito qualquer promessa nesse sentido anteriormente.

142. Proveito do crime: é o ganho, o lucro ou a vantagem auferida pela prática do delito. Pode ser bem móvel ou imóvel, material ou moral.

143. Conceito de crime: é o fato típico, antijurídico e culpável, necessitando-se do julgamento definitivo do delito anterior para a configuração do tipo penal do art. 349. Se houver absolvição do autor do crime anterior, por julgar o juiz inexistente o fato, por exemplo, não é cabível falar em favorecimento real. Entretanto, causas pessoais de exclusão da pena não provocam a exclusão do tipo do art. 349, visto que o fato criminoso permaneceu íntegro. Assim, a pessoa que esconde em sua casa o veículo subtraído do pai pelo filho comete favorecimento real, tendo em vista que a imunidade absoluta atinge somente o agente, e não a situação fática.

144. Crime anterior consumado ou tentado: cremos ser indiferente o delito anterior ao favorecimento real ser consumado ou tentado, desde que o proveito seja assegurado. Fornece-nos um exemplo Paulo José da Costa Júnior: pode o agente do favorecimento auxiliar alguém a ocultar numerário já percebido para a execução de um crime de homicídio que, no entanto, não se consumou (*Direito penal – Curso completo*, p. 750).

145. Objetos material e jurídico: o objeto material é o proveito do crime, que recebe o auxílio. O objeto jurídico é a administração da justiça.

146. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não exige sujeito ativo qualificado ou especial); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva ocultação do proveito do crime); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo

agente); comissivo (“prestar” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Exercício arbitrário ou abuso de poder¹⁴⁷

Art. 350. Ordenar ou executar¹⁴⁸⁻¹⁵⁰ medida privativa de liberdade individual,¹⁵¹ sem as formalidades legais ou com abuso de poder.¹⁵²⁻¹⁵³

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o funcionário que:

I – ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;¹⁵⁴

II – prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;¹⁵⁵

III – submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;¹⁵⁶

IV – efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.¹⁵⁷

147. Confronto com a Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade): o art. 4.º da referida lei especial preceitua: “Art. 4.º Constitui também abuso de autoridade: a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em

lei; c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie, quer quanto ao seu valor; g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa; h) o ato lesivo da honra, ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal; i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade”. Assim, participamos do entendimento majoritário de que o art. 350 do Código Penal foi inteiramente revogado pela Lei 4.898/65, que tem todas as possibilidades possíveis de abuso de autoridade previstas em suas figuras típicas (por todos, Delmanto, *Código Penal comentado*, p. 637). A despeito disso, faremos alguns comentários pertinentes ao art. 350, tendo em vista a sua utilidade para a configuração do crime de abuso de autoridade da legislação especial. Maiores detalhes devem ser buscados em comentários específicos à Lei de Abuso de Autoridade. Entendendo terem sido revogados somente o *caput* e o inciso III, estando em vigor os demais (incisos I, II e IV): Paulo José da Costa Júnior, *Direito penal – Curso completo*, p. 751; Damásio, *Código Penal anotado*, p. 991.

148. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* (determinar ou dar a ordem) e *executar*

(providenciar ou realizar) são as condutas principais, tendo por objeto a prisão.

149. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é sempre a autoridade para os fins de Lei 4.898/65 (“Art. 5.º (...) quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”), abrangendo desde as figuras principais e mais conhecidas, como o juiz, o delegado, o promotor e os agentes policiais de um modo geral, até o serventuário da justiça, o guarda-noturno de lugares públicos, o comissário de menores, o vereador, o funcionário de autarquia, o guarda municipal, o segurança do metrô (ver, neste caso, a Lei 6.149/74, arts. 3.º e 4.º). O sujeito passivo é a pessoa que sofre o abuso (inclusive a jurídica, como se dá na ofensa à liberdade de associação ou ao direito de reunião), bem como o Estado, já que em jogo está a administração da justiça.

150. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, exigindo-se elemento subjetivo do tipo específico, para todas as figuras, consistente na vontade de *abusar* do poder, praticando o injusto. Não se pune a forma culposa.

151. Medida privativa de liberdade: qualquer tipo de prisão, valendo a processual (preventiva, por exemplo), a resultante de pena e a internação imposta para a medida de segurança. Exige-se seja a medida ordenada ou executada *sem as formalidades legais* ou *com abuso de poder*, em hipóteses alternativas. Exemplos: o juiz decreta a prisão preventiva verbalmente e sem fundamentar, ofendendo a formalidade legal que reveste essa ordem *ou* decreta a prisão preventiva, fundamentadamente e por escrito, mas torcendo os fatos, interpretando-os à sua maneira, somente com o intuito de determinar o recolhimento de pessoa que é sua inimiga, abusando do seu poder. No caso da polícia, encaixa-se nesta hipótese

a conhecida “prisão para averiguação”, não acolhida pela Constituição Federal de 1988.

152. Objetos material e jurídico: o objeto material é a coisa ou a pessoa que sofre a conduta abusiva. O objeto jurídico é a administração da justiça, tendo como base o interesse da Administração na imparcialidade dos seus agentes e na legalidades dos atos por eles praticados.

153. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente no efetivo recolhimento da vítima do abuso); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2.º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), na forma *ordenar*, mas pode ser permanente (com consumação arrastada no tempo, pois o abuso se prolonga) na forma *executar*; unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); plurissubjetivo (em regra, vários atos integram a conduta); admite tentativa, embora rara, na modalidade *ordenar*.

154. Recebimento ou recolhimento ilegal de preso: esta figura típica, ainda que não expressamente prevista na lei especial, pode ser perfeitamente encaixada no art. 3.º, *a* (“atentado à liberdade de locomoção”) da Lei 4.898/65, não deixando de ser, ainda, uma modalidade de *execução* da medida privativa de liberdade sem as formalidades legais ou com abuso de poder (art. 4.º, *a*, da legislação específica). Responde pelo delito quem acolhe em prisão ou estabelecimento similar pessoa que não deveria estar presa,

pois há ilegalidade no seu recolhimento. Como se mencionou na classificação do crime, feita no *caput*, exige-se sujeito ativo qualificado e elemento subjetivo específico (vontade de praticar o injusto).

155. Prolongar a execução de pena ou medida de segurança: essa conduta está prevista, expressamente, pela Lei 4.898/65, art. 4.º, *i* (“prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade” – alínea acrescentada pela Lei 7.960, de 21.12.1989), de modo que também o inciso II está revogado. Ainda assim, aplicando-se a legislação específica sobre abuso de autoridade, tem o tipo penal do art. 4.º, *i*, a finalidade de impedir que a pessoa presa, em razão de prisão temporária – que possui prazo certo, diferentemente das outras modalidades de prisão cautelar –, pena ou medida de segurança, fique mais tempo do que o legalmente estipulado no cárcere. O juiz que, propositadamente, deixar de expedir o alvará de soltura para a pena já cumprida, protelar, sem justa causa, a realização do exame de cessação de periculosidade – no caso da medida de segurança – ou, feito o exame, deixar de liberar condicionalmente o acusado, sendo o caso de fazê-lo, bem como o magistrado ou o delegado que deixarem de providenciar a soltura de quem está preso temporariamente, após o vencimento do período fixado no decreto de prisão, incidirão nesta figura.

156. Submissão a vexame ou constrangimento: é a autoridade que ultraja ou constrange ilegalmente o indivíduo preso e sob sua guarda ou custódia. É o caso do diretor de cadeia que não permite a higiene pessoal do preso ou invade-lhe a intimidade, remexendo em suas coisas particulares, com o fito exclusivo de demonstrar força.

Pode configurar, conforme o caso, crime de tortura, previsto na Lei 9.455/97: art. 1.º, II (“submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”), e § 1.º (“Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”).

157. Efetuar qualquer diligência abusiva: entendemos que essa figura é intolerável, pois ofende o princípio da reserva legal. Qual diligência? Fazendo o quê? Como se configura o abuso? Não vemos possibilidade de um tipo penal ser construído dessa forma, pois não há descrição legal da conduta criminosa, mas mera generalização capaz de envolver qualquer conduta da autoridade. Além disso, vemos na lei especial todas as possibilidades de se dar o abuso de autoridade, não se podendo aplicar o que vai além dela. Esta figura, portanto, não deve ter aplicação isolada.

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança

Art. 351. Promover ou facilitar¹⁵⁸⁻¹⁶⁰ a fuga¹⁶¹ de pessoa¹⁶² legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:¹⁶³⁻¹⁶⁴

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1.º Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.¹⁶⁵

§ 2.º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.¹⁶⁶

§ 3.º A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.¹⁶⁷

§ 4.º No caso de culpa¹⁶⁸ do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

158. Análise do núcleo do tipo: *promover* significa dar causa, impulsionar ou originar; *facilitar* quer dizer tornar mais fácil, acessível sem grande esforço. O objeto dessas condutas é a fuga de pessoa presa.

159. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado.

160. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico. Pune-se a forma culposa nos termos do § 4.º deste artigo.

161. Conceito de fuga: é a escapada ou o rápido afastamento do local onde se está detido. Concretiza-se a *fuga* ainda que não seja definitiva. Nessa ótica: TRF-1.ª Região, Ap. 1998.30.00.002522-9/AC, 3.ª T., rel. Tourinho Neto, 28.02.2005, v. u.

162. Pessoa presa: estipula o tipo penal ser indispensável que a prisão da pessoa seja *legal*, vale dizer, feita nos moldes previstos pela lei, significando, atualmente, decorrer de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar (art. 5.º, LXI, CF). Por outro lado, pode ser também pessoa sujeita a medida de segurança detentiva, que é a internação (art. 96, I, CP).

163. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa fugitiva. O objeto jurídico é a administração da justiça.

164. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por

qualquer sujeito); material (delito que exige, para sua consumação, resultado naturalístico consistente na efetiva fuga); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

165. Figura qualificada: a pena abstrata altera-se substancialmente – passando de 6 meses a 2 anos para 2 a 6 anos – quando o crime for cometido *a mão armada* (com o emprego de qualquer tipo de arma, própria ou imprópria, como instrumento), por meio de *mais de uma pessoa* (concurso de duas ou mais pessoas) ou mediante *arrombamento* (abertura forçada, rompendo-se obstáculo material).

166. Concurso de crimes: havendo violência *contra a pessoa* (não valendo a violência realizada contra a coisa, que já pode ser suficiente para qualificar o delito, conforme § 1.º), deve-se punir o delito do art. 351 associado ao crime violento praticado.

167. Figura qualificada: altera-se, também, a pena abstrata – de 6 meses a 2 anos para 1 a 4 anos – caso o delito seja cometido por pessoa que deveria custodiar o preso, em vez de promover-lhe ou facilitar-lhe a fuga. Pode ser funcionário público ou não. Este tipo penal – § 3.º – é especial em relação à corrupção passiva. Portanto, se o funcionário receber vantagem indevida para soltar alguém, fica o delito do art. 317 absorvido por este.

168. Forma culposa: a previsão para a punição do delito de fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança somente comporta a forma culposa – imprudência, negligência ou imperícia – quando o sujeito ativo for funcionário público incumbido da guarda ou da custódia. Nessa situação, trata-se de crime próprio. Portanto, se eventualmente o particular contribuir para a fuga de alguém, por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia, o fato é atípico.

Evasão mediante violência contra pessoa

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ o preso ou o indivíduo¹⁷¹⁻¹⁷² submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:¹⁷³⁻¹⁷⁵

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

169. Análise do núcleo do tipo: *evadir-se* significa fugir ou escapar da prisão. O tipo penal prevê, também, a forma tentada, equiparando-a à consumada, fazendo com que seja impossível haver tentativa. Assim, fugir ou tentar fugir, para as finalidades do art. 352, têm o mesmo alcance. Por outro lado, é preciso ressaltar, desde logo, que a fuga do preso somente é punida se houver violência contra a pessoa, visto ser direito natural do ser humano buscar a liberdade, do mesmo modo que se permite ao réu, exercitando a autodefesa, mentir. Ressalte-se, ainda, que a fuga violenta exercida no momento da decretação da prisão configura o delito de resistência. Mas se o indivíduo já estiver preso legalmente e tentar fugir ou conseguir fugir mediante o emprego de violência, configura-se o crime do art. 352.

170. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Parece-nos cabível falar na existência

de um elemento subjetivo específico implícito consistente na vontade de escapar da prisão *legal*, valendo-se de *violência*.

171. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o preso ou a pessoa submetida a medida de segurança detentiva (internação). O sujeito passivo é o Estado. Secundariamente, pode-se mencionar a pessoa agredida, embora, nesta hipótese, remanesça a figura típica referente à violência, ou seja, o fugitivo responde pelo art. 352 em concurso com o delito violento.

172. Legalidade da prisão: cremos ser indispensável, para a configuração do tipo, a legalidade da prisão, pois, do contrário, é direito do réu fugir e quem o impedir estará praticando uma agressão injusta, passível de ser contraposta pela legítima defesa.

173. Violência contra a pessoa: é a coação física exercida contra ser humano, não se incluindo, naturalmente, a violência contra coisas, como ocorre com o detento que serra as grades da prisão, por exemplo. Não se encaixa no tipo penal, também, o emprego de grave ameaça. Melhor seria se o Código Penal tivesse previsto também a forma de uso de violência contra coisas, impedindo que o preso, legalmente detido, destruísse a cadeia – patrimônio público – tendo por fim a fuga. Nesse sentido, disciplinou o Código Penal venezuelano (art. 259).

174. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa agredida. O objeto jurídico é a administração da justiça; em segundo plano, mas punindo-se como crime autônomo, a incolumidade física da pessoa.

175. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou

especial), especificamente de mão própria (somente o autor, pessoalmente, pode praticá-lo); material (exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente no efetivo emprego de violência contra pessoa, ainda que a fuga não se consuma); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); não admite tentativa, pois é crime de atentado (a figura da tentativa está equiparada ao delito consumado).

Arrebatamento de preso¹⁷⁶

Art. 353. Arrebat¹⁷⁷⁻¹⁷⁹ar preso, a fim de maltratá-lo, do poder¹⁸⁰ de quem o tenha sob custódia ou guarda;¹⁸¹⁻¹⁸²

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

176. Conceito de preso: é somente a pessoa cuja prisão foi decretada, incluindo-se aqueles que, cautelarmente, foram detidos (prisão temporária, preventiva ou semelhante) e os que estão cumprindo pena. Não abrange o internado, cumprindo medida de segurança. Essa conclusão pode ser extraída por comparação aos tipos anteriores, que fizeram expressa referência ao indivíduo submetido a medida de segurança.

177. Análise do núcleo do tipo: *arrebat* significa tirar com violência, tendo por objeto a pessoa presa. Pune-se, como

em outros tipos semelhantes, também o tipo penal que configura a violência, em concurso material.

178. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, mas secundariamente o preso que será maltratado.

179. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente na vontade de maltratar o preso arrebatado. Não existe a forma culposa.

180. Poder de quem o tem sob custódia ou guarda: é indispensável que o preso esteja custodiado ou guardado legalmente. Neste caso, torna-se indiferente ser a prisão legal ou ilegal, pois o fim do agente é maltratar o preso, e não salvá-lo de uma ilegalidade qualquer.

181. Objetos material e jurídico: o objeto material é o preso arrebatado. O objeto jurídico é a administração da justiça; secundariamente, a incolumidade física do preso, que é protegida também em tipo à parte, já que se pune a violência em concurso material.

182. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer sujeito); formal (que não exige, para sua consumação, o resultado naturalístico previsto no tipo, que é o maltrato ao preso); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“arrebat” implica em ação) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido

por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

Motim de presos

Art. 354. Amotinarem-se¹⁸³⁻¹⁸⁵ presos,¹⁸⁶ perturbando a ordem ou a disciplina¹⁸⁷⁻¹⁸⁹ da prisão:¹⁹⁰⁻¹⁹¹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

183. Análise do núcleo do tipo: *amotinar-se* significa revoltar-se ou entrar em conflito com a ordem vigente.

184. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser o preso (não vale o tipo para as pessoas sujeitas a medida de segurança detentiva). No caso presente, mais de um, pois o tipo fala em *presos*. É crime de concurso necessário. O sujeito passivo é o Estado.

185. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico. O próprio verbo – “amotinarem-se” – indica a vontade de perturbar a ordem e/ou a tranquilidade do presídio.

186. Número de presos: o delito é de concurso necessário, embora somente se possa falar em motim ou revolta, com perturbação da ordem, quando houver mais de três presos se sublevando. Não teria cabimento considerar uma rebelião se apenas dois presos desafiam a ordem interna do presídio. Ainda assim, a fixação de um número – mais de três – é sempre relativa, pois em um presídio com mais de 5.000 detentos, por exemplo, quatro pessoas em motim pode não significar nada. Portanto, embora possamos ter um padrão de, pelo

menos, quatro pessoas, o melhor é verificar o caso concreto para determinar se o tipo está ou não concretizado.

187. Ordem e disciplina: *ordem* é a tranquilidade de um lugar, enquanto *disciplina* quer dizer a observância de regras e preceitos.

188. Grau de perturbação: há quem sustente devam os presos praticar efetivos atos comissivos, com violência contra pessoas e coisas, perturbando seriamente a ordem e disciplina internas da cadeia. Não cremos desse modo. O tipo fala em sublevação de presos para perturbar a ordem e a tranquilidade do presídio, o que pode dar-se, perfeitamente, na chamada “desobediência ghândica”, ou seja, todos se recusam a voltar às suas celas, permanecendo horas a fio no pátio interno, causando desordem e confusão generalizada.

189. Legalidade da prisão: exige-se. Os que estiverem presos ilicitamente têm o direito de se manifestar contrariamente ao abuso do Estado.

190. Objetos material e jurídico: o objeto material é a disciplina carcerária. O objeto jurídico é a administração da justiça.

191. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (aquele que exige, para sua consumação, resultado naturalístico, consistente na efetiva perturbação da ordem ou da disciplina); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo ou omissivo, conforme o caso. Embora o verbo *amotinar-se* tenha significado predominantemente comissivo, é perfeitamente possível uma rebelião passiva, caso os presos resolvam não sair de suas celas ou não desocupar o pátio interno,

onde tomam banho de sol; permanente (cuja consumação se prolonga no tempo, ou seja, enquanto a ordem ou a tranquilidade estejam sendo afetadas); plurissubjetivo (aquele que só pode ser cometido por mais de um sujeito); unissubsistente (praticado num único ato, como na forma omissiva, recusando-se a sair de um lugar) ou plurissubsistente (praticado mediante vários atos, como queimando colchões e destruindo coisas), conforme o caso concreto; admite tentativa na forma plurissubsistente, embora de rara configuração.

Patrocínio infiel

Art. 355. Trair,¹⁹²⁻¹⁹³ na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional,¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ prejudicando interesse,¹⁹⁶ cujo patrocínio, em juízo,¹⁹⁷ lhe é confiado.¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Parágrafo único. Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende²⁰⁰⁻²⁰² na mesma causa,²⁰³ simultânea ou sucessivamente,²⁰⁴ partes contrárias.²⁰⁵⁻²⁰⁶

192. Análise do núcleo do tipo: *trair* significa ser desleal ou enganar. Focaliza-se o dever profissional do advogado ou do procurador judicial, conforme preceituado no art. 33 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94): “O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares”. Quanto aos

deveres profissionais do advogado, ver art. 2.º, parágrafo único, do Código de Ética e Disciplina da OAB, DJ 01.03.1995, em especial os seguintes itens, por dizerem respeito ao patrocínio da causa em juízo: “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”; “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial”; “abster-se de utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente”; “abster-se de se entender diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste”. E mais o art. 8.º, do mesmo Código: “O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”.

193. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser o advogado (Lei 8.906/94, art. 3.º, *caput*: “O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”) ou o procurador judicial (integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de Administração indireta e fundacional – art. 3.º, § 1.º; o estagiário de advocacia – art. 3.º, § 2.º). O sujeito passivo é, em primeiro plano, o Estado, mas secundariamente a pessoa prejudicada.

194. Dever profissional: ver nota 192, referente ao núcleo do tipo.

195. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico, nem se pune a forma culposa.

196. Consentimento do ofendido: quando o interesse em disputa for disponível, havendo concordância da vítima, não se pode falar em ilicitude. Em matéria penal, não há possibilidade de se aceitar essa excludente, pois o interesse é indisponível.

197. Patrocínio em juízo: são elementos do tipo ser o patrocínio (existência de mandato ou nomeação feita pelo juiz para cuidar de uma causa) realizado em juízo (refere-se a processo ajuizado, não sendo possível ocorrer na fase do inquérito policial, por exemplo). Portanto, não comete o crime – podendo configurar-se uma infração ética – o advogado que orienta de forma errônea e aventureira uma pessoa que não lhe outorgou mandato, nem está com causa em juízo.

198. Objetos material e jurídico: o objeto material é a pessoa que sofre a conduta indevida ou a coisa que materializa tal conduta. O objeto jurídico é a administração da justiça, levando-se em conta que o art. 133 da Constituição Federal preceitua ser o advogado “indispensável à administração da justiça”.

199. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que exige sujeito ativo especial); material (crime que exige resultado naturalístico para consumar-se, consistente em haver interesse legítimo efetivamente prejudicado); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (delito cometido através de uma ação) ou omissivo (crime cometido por uma abstenção), conforme o caso, e, excepcionalmente, comissivo por omissão (delito cometido por quem tem o dever de evitar o resultado), nos termos do art. 13, § 2.º, CP; instantâneo (delito cuja consumação não se arrasta no tempo); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por apenas um agente); plurissubsistente

(delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo o seu fracionamento); admite-se tentativa na forma comissiva.

200. Análise do núcleo do tipo: *defender* significa sustentar com argumentos ou prestar socorro. Nesse contexto, leva-se em conta a atividade do advogado prestando auxílio técnico a quem necessita. O que se veda, neste tipo penal, é a defesa simultânea ou sucessiva prestada a partes contrárias. Exige-se, no entanto, que o advogado ou procurador pratique algo concreto, não bastando o mero recebimento de procuração ou a nomeação feita pelo juiz.

201. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo só pode ser advogado ou procurador judicial. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada.

202. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se exige elemento subjetivo do tipo específico, nem se pune a forma culposa.

203. Patrocínio na mesma causa: exige-se, neste tipo, que ocorra o patrocínio – com a outorga de mandato ou nomeação – de interesses relativos a uma mesma *causa*, e não processo. Isto significa que a lide (pretensão em disputa numa mesma relação jurídica) pode estender-se por vários feitos, como ocorre numa disputa entre marido e mulher no momento da separação, envolvendo separação judicial, guarda de filhos, alimentos, regulamentação de visitas, entre outros.

204. Conceito de simultânea e sucessiva: *simultâneo* é o que ocorre ao mesmo tempo, enquanto *sucessivo* é o que vem em seguida. No caso do tipo penal, trata-se da tergiversação.

205. Partes contrárias: são as pessoas que possuem interesses contrapostos numa

relação processual, tais como ocorre entre autor e réu.

206. Classificação: é crime próprio (aquele que exige sujeito ativo especial); formal (delito que não exige resultado naturalístico, consistente em causar, efetivamente, algum prejuízo às partes); de forma livre (pode ser praticado por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (delito praticado por meio de uma ação); instantâneo (cujo resultado não se arrasta no tempo); unissubjetivo (aquele que pode ser praticado por um único sujeito); plurissubsistente (consistente na prática de vários atos); admite tentativa.

Sonegação de papel ou objeto de valor probatório

Art. 356. Inutilizar,²⁰⁷⁻²⁰⁹ total ou parcialmente,²¹⁰ ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório,²¹¹⁻²¹² que recebeu na qualidade de advogado²¹³⁻²¹⁴ ou procurador;²¹⁵⁻²¹⁶

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

207. Análise do núcleo do tipo: *inutilizar* significa invalidar ou destruir. É a modalidade comissiva. Há, ainda, a forma omissiva, constituída pela conduta de *deixar de restituir*, ou seja, sonegar ou não devolver o que é devido. O objeto é constituído dos autos do processo, documento ou outro objeto relevante para a prova.

208. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo somente pode ser advogado ou procurador judicial. Ver nota 193 ao artigo anterior. O sujeito passivo é o Estado; secundariamente, a pessoa prejudicada.

209. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

210. Inutilização total ou parcial: o tipo penal prevê a possibilidade de o agente destruir documentos de maneira completa ou apenas uma parte. Assim, torna-se bem mais difícil a concretização da tentativa.

211. Autos, documentos e objeto de valor probatório: *autos* é termo que designa o conjunto das peças que constituem um processo. Estão incluídos na proteção prevista neste artigo os autos de processo findo. *Documento* é qualquer escrito, instrumento ou papel público ou particular destinado a produzir prova em juízo (art. 232, CPP). *Objeto de valor probatório* é qualquer coisa material destinada a convencer o juízo acerca da verdade de um fato.

212. Intimação para a devolução: é imprescindível para a configuração do tipo penal, pois, do contrário, pode-se estar punindo alguém por mera negligência, e o crime é doloso, não culposos.

213. Procedimento sancionador da OAB: é inteiramente dispensável, pois os deveres inerentes à função do advogado não podem sobrepor-se ao tipo penal. Além disso, exigir a interferência da Ordem dos Advogados do Brasil significaria criar uma condição de procedibilidade não estabelecida em lei.

214. Restituição dos autos, documento ou objeto antes da denúncia ser oferecida: é irrelevante para a configuração do tipo penal, que tem por objeto jurídico, já lesionado, a administração da justiça. Pode o juiz levá-la em consideração como atenuante (art. 65, III, *b*, CP). Não cremos possível afirmar, sem a devida prova, que a mera devolução, antes do oferecimento da denúncia, elimina o dolo. Portanto, fixado – e ultrapassado – o prazo para a restituição, somente a prova de um motivo de força maior poderia demonstrar a ausência de dolo.

215. Objetos material e jurídico: os objetos materiais são os autos, documentos ou objetos de valor probatório. O objeto jurídico é a administração da justiça.

216. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico) na modalidade *inutilizar* e formal (crime que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico) na modalidade *deixar de restituir*; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“inutilizar” implica em ação) ou omissivo (“deixar de restituir” significa uma abstenção); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado), mas permanente (delito cujo resultado se arrasta no tempo), na forma *deixar de restituir*; unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa na modalidade comissiva, embora de difícil configuração.

Exploração de prestígio

Art. 357. Solicitar ou receber²¹⁷⁻²¹⁹ dinheiro ou qualquer outra utilidade,²²⁰ a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.²²¹⁻²²³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um terço,²²⁴ se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

217. Análise do núcleo do tipo: *solicitar* (pedir ou buscar) e *receber* (aceitar

em pagamento) vinculam-se ao *pretexto de influir* (tendo por finalidade inspirar ou insuflar) em juiz, jurado, membro do Ministério Público, serventuários da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.

218. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado. Na modalidade *receber* exige o concurso de outra pessoa, que faz o pagamento.

219. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo específico, consistente na finalidade de influir nas pessoas descritas no tipo penal. Não se pune a forma culposa.

220. Dinheiro ou outra utilidade: *dinheiro* é a moeda em curso oficial no País, enquanto *outra utilidade* deve ser entendida como algo significativo, como o é o dinheiro. Não se trata de algo necessariamente material, mas que possa converter-se, de algum modo, em benefício material para o agente. Trata-se, afinal, de uma interpretação analógica, isto é, a generalização feita pelo tipo penal (qualquer outra utilidade) necessita guardar sintonia com o exemplo dado (dinheiro).

221. Conceitos das partes visadas pela exploração de prestígio: *juiz* é a autoridade judiciária, componente do Poder Judiciário, encarregada de aplicar o direito ao caso concreto; *jurado* é o juiz leigo, que funciona, exclusivamente, no Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida; *órgão do Ministério Público* é o Promotor de Justiça (1.ª instância) ou o Procurador de Justiça (2.ª instância); *funcionário da justiça* é o funcionário público que exerce suas atividades no Poder Judiciário. Quanto aos conceitos de perito, tradutor, intérprete e testemunha, ver nota 60 ao art. 342.

222. Objetos material e jurídico: o objeto material é o dinheiro ou a utilidade recebida ou solicitada. O objeto jurídico é a administração da justiça.

223. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não depende de sujeito ativo qualificado ou especial); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico). Há quem sustente ser material o crime na modalidade *receber*, com o que não concordamos, pois o objeto jurídico é a administração da justiça, que pode não ser lesionada efetivamente pelo agente. O tipo penal menciona o recebimento para o fim de influenciar, o que não significa ter realmente ocorrido. Por isso, trata-se de delito formal nas duas modalidades; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cujas consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (crime cometido por um único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa na forma plurissubsistente.

224. Causa de aumento da pena: se o agente *alegar* (apresentar como explicação) ou *insinuar* (dar a entender de modo indireto) que o dinheiro ou a utilidade destina-se, também, ao juiz, ao jurado, ao membro do Ministério Público, ao funcionário da justiça, ao perito, ao tradutor, ao intérprete ou à testemunha, sua pena deve ser aumentada em um terço. Ao valer-se dos verbos *alegar* e *insinuar*, o tipo penal deixa claro que tais pessoas não estão envolvidas

no fato, mas são usadas pelo agente para a obtenção da vantagem.

Violência ou fraude em arrematação judicial

Art. 358. Impedir, perturbar ou fraudar²²⁵⁻²²⁷ arrematação judicial;²²⁸ afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem;²²⁹⁻²³¹

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.²³²

225. Análise do núcleo do tipo: *impedir* é impossibilitar a execução ou obstruir; *perturbar* significa causar embaraço ou agitar; *fraudar* quer dizer lesar através de engano ou ilusão. O objeto, nessa hipótese, é a arrematação judicial. Há, ainda, as formas *afastar* (pôr de lado ou tirar do caminho) e *procurar afastar* (ter por finalidade tirar do caminho), que têm por objeto a pessoa de concorrente ou licitante.

226. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O sujeito passivo é o Estado, podendo, em segundo plano, figurar o terceiro prejudicado (participante da arrematação ou licitante).

227. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

228. Arrematação judicial: é a venda em hasta pública promovida pelo Poder Judiciário. Quando o leilão for promovido pelo poder público, aplica-se a Lei 8.666/93.

229. Violência, grave ameaça, fraude e oferecimento de vantagem: *violência* é a coação física (nesse caso, deve voltar-se contra a pessoa, e não contra coisas);

grave ameaça é a intimidação séria e grave; *fraude* é o artil promovido para enganar; *oferecimento de vantagem* é propor qualquer favor, lucro ou ganho.

230. Objetos material e jurídico: o objeto material pode ser a arrematação judicial ou a pessoa que participa desta. O objeto jurídico é a administração da justiça.

231. Classificação: trata-se de crime comum (aquele que pode ser cometido por qualquer sujeito); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico), nas modalidades *perturbar* e *procurar afastar*, e material (exigindo resultado naturalístico), nas formas *impedir*, *fraudar*, *afastar*; de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); admite tentativa.

232. Concurso de crimes: exige o tipo penal que, havendo violência, a pena correspondente ao seu emprego seja aplicada em concurso com a do delito previsto no art. 358.

Desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito

Art. 359. Exercer²³³⁻²³⁵ função, atividade, direito, autoridade ou múnus,²³⁶ de que foi suspenso ou privado²³⁷ por decisão judicial.²³⁸⁻²⁴⁰

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

233. Análise do núcleo do tipo: *exercer* significa desempenhar com habitualidade. Objetiva-se punir a pessoa que teve função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso por decisão judicial.

234. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo há de ser somente a pessoa suspensa ou privada de direito por decisão judicial (ver art. 92, CP). O sujeito passivo é o Estado.

235. Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não se pune a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

236. Função, atividade, direito, autoridade e múnus: *função* é a prática de um serviço relativo a um cargo ou ofício; *atividade* significa qualquer ocupação ou diligência; *direito* é a faculdade de praticar um ato; *autoridade* significa o poder de dar ordens e fazer respeitar decisões; *múnus* é um encargo.

237. Suspensão ou privação: *suspensão* significa fazer cessar por um determinado período; *privação* é o tolhimento definitivo.

238. Decisão judicial: entende-se que há necessidade de ser uma decisão proferida por autoridade judiciária em caráter definitivo, voltando-se, no caso penal, aos efeitos da condenação (art. 92, I a III, CP). Não se pode aplicar este artigo para o condenado que infringiu a pena alternativa de interdição temporária de direitos, pois, para essa hipótese, existe solução, consistente na revogação do benefício concedido, com a transformação da pena em privativa de liberdade.

239. Objetos material e jurídico: o objeto material é a função, atividade, direito,

autoridade ou múnus. O objeto jurídico é a administração da justiça.

240. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que somente pode ser cometido por sujeito ativo qualificado ou especial); formal (que não exige, para sua consumação, resultado naturalístico); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (“exercer” implica em ação); habitual (delito que somente se configura quando o agente adota freqüentemente a mesma conduta, configurando um comportamento de vida); unissubjetivo (aquele que pode ser cometido por um único sujeito); plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento); não admite tentativa, por se tratar de delito habitual. Portanto, não se configura o crime caso o agente, uma única vez, desempenhe função proibida ou suspensa.

Capítulo IV DOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS¹

1. Fundamento constitucional: a proteção dispensada às finanças públicas, no Brasil da atualidade, é crescente, espargindo-se por várias leis infraconstitucionais, embora encontre, na Constituição da República, o seu incontestável fundamento. O Título VI, Capítulo II, cuidando das *finanças públicas*, nos arts. 163 a 169, fornece as diretrizes para a proteção, regulação, objetivos e funcionamento das finanças públicas, da dívida pública externa e interna, da concessão de garantias pelas entidades públicas, da emissão e resgate de títulos da dívida pública, da fiscalização das instituições financeiras, das operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios, bem como da compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional (art. 163, CF). Nessa linha, o art. 165, § 9.º, estabeleceu que “cabe à lei complementar: (...) II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Não foi outra, portanto, a missão da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, que dispõe, no art. 1.º, § 1.º, o seguinte: “A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”. Portanto, é inegável a necessidade da lei para o País, na consecução de objetivos orçamentários claros e definidos, impeditivos do endividamento exagerado e daninho ao desenvolvimento econômico e social, que costuma tornar as gestões de órgãos e entidades públicas em desastrosas experiências para a sociedade em geral. Além de inúmeras normas, visando a regularização e controle das administrações direta e indireta, deliberou o legislador promover mudanças profundas também na esfera penal, a fim de buscar uma política preventiva, que somente a lei penal pode proporcionar, com seu caráter intimidativo e repressivo. Não são poucos os especialistas que expõem, com clareza, as mazelas do sistema político brasileiro, pouco interessado nas finanças públicas,

aspectos justificadores do nascimento da Lei Complementar 101/2000 e da Lei 10.028/2000. Esclarece Régis Fernandes de Oliveira que “crescem as frustrações com o comportamento político. O agente público assume o cargo apenas para locupletar-se. Cria-se expectativa em torno de reformas e do império da seriedade, a cada eleição. No entanto, as expectativas tendem à completa frustração, o que cria clima de rejeição aos políticos de forma geral. São frases do cotidiano: ‘todos são picaretas’, ‘rouba mas faz’, o que leva ao descrédito, fazendo com que perpetue o desânimo com o próprio processo democrático. (...) Os desmandos administrativos, o tratamento do dinheiro público como se fosse particular, as infrações que contra o erário se praticam, a absoluta falta de vergonha que cerca os detentores de mandatos eletivos levam a população ao absoluto descrédito em relação aos políticos. O eleito, no dia seguinte à sua posse, já busca recursos para sua nova eleição. Não procura honrar o mandato que lhe foi outorgado pelo povo. Não dignifica o cargo. Todas as promessas feitas nos palanques são olvidadas. Os compromissos são postergados e, no mais das vezes, esquecidos. (...) Daí a superveniência de leis que buscam pôr freio nos maus administradores públicos, criando tipos penais e instituindo comportamentos que atentam contra a probidade administrativa, de forma a tentar impedir o uso desmedido dos interesses particulares em detrimento do público” (*Responsabilidade fiscal*, p. 13-14). Tratando do mesmo tema, sustentam Carlos Maurício Figueiredo, Cláudio Ferreira, Fernando Raposo, Henrique Braga e Marcos Nóbrega que o “equilíbrio fiscal sempre foi uma das prioridades do processo de reformas por que vem passando o País desde a implantação do Plano Real. (...) Dessa forma, o grande fator diferenciador da LRF é o de estabelecer um novo padrão

fiscal no País, sobretudo do ponto de vista comportamental. (...) A LRF procura mudar esse estado de coisas, estabelecendo o que para muitos significa um ‘choque de moralidade’ na gestão pública, ensejando a responsabilização pelos gastos efetuados e buscando conscientizar governos, políticos e sociedade da importância desse tipo de mudança de padrão fiscal” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 17). Espera-se, certamente, que os entraves trazidos por legislação tão ampla, que terminou por engessar muitas atividades públicas, entre as quais, em especial a do Poder Judiciário, sejam corrigidos com o passar do tempo. Lembra o Ministro Carlos Velloso que, graças ao disposto na Lei Complementar 101/2000, “o serviço da Justiça, de regra deficiente, porque deficiente o número de juízes, deficiente o apoio administrativo aos juízes de 1.º grau, tende a piorar, porque os Tribunais não poderão aperfeiçoá-los. Convém registrar que, por esse Brasil afora, há juízes que não dispõem nem de máquina de escrever, quando a máquina de escrever, diante da revolução dos computadores e da informática, virou peça de museu. Se trago ao debate essas questões, é para mostrar o grau de polêmica criado pela Lei Complementar 101” (prefácio aos *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, organização de Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento). Em suma, apesar dos defeitos incontestáveis que o texto normativo recém-editado provocou, há benefícios indiscutíveis também. Portanto, corrigidos aqueles, espera-se que estes tornem o Brasil um país mais sério, mormente no setor das finanças públicas, tão desgastado e desacreditado nos últimos tempos. Sob tal prisma, inclui-se mais um capítulo ao Código Penal, tendo por finalidade tipificar a conduta ilícita dos administradores irresponsáveis no trato com o dinheiro público.

Contratação de operação de crédito

Art. 359-A. Ordenar,²⁻⁶ autorizar ou realizar operação de crédito,⁷⁻⁸ interno ou externo, sem prévia autorização legislativa.⁹⁻¹¹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I – com inobservância¹²⁻¹³ de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;¹⁴

II – quando o montante da dívida consolidada¹⁵ ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

2. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* significa mandar que se faça ou determinar, constituindo ato mandamental; *autorizar* quer dizer dar licença a outrem para fazer ou consentir expressamente que seja feito; *realizar* é ato executório, implicando em tornar efetivo ou pôr em prática. Pode, pois, o agente do crime dar a ordem para que a operação de crédito seja efetivada, como pode simplesmente permitir que outra pessoa o faça, seja executando, seja ordenando. Finalmente, pode o agente, diretamente, concretizar a operação de crédito. O tipo é misto alternativo, razão pela qual pode a autoridade competente efetivar uma ou mais das condutas previstas no tipo penal e o crime será único. É fundamental ressaltar que o pedido feito ao Ministério da Fazenda para analisar a possibilidade de realização da operação de crédito não constitui, por si só, *autorização* para a efetivação da operação de crédito, ainda que irregular e em desacordo com a lei orçamentária. Entende Luiz Celso de Barros que, dada a autorização pelo Ministério da Fazenda ou entidade equivalente, quem concretiza a operação de crédito irregular não deve responder pelo delito, reservando-se a punição ao funcionário que autorizou,

pertencente ao Ministério ou entidade mencionada (*Responsabilidade fiscal e criminal*, p. 142). Parece-nos, no entanto, que tudo depende do dolo e da consciência potencial de ilicitude. Se a autorização foi pleiteada, mas sabe o requerente que se trata de algo indevido, ainda que aquela seja dada, devem responder pelo delito todos os que nele tomaram parte conscientes de que participavam de uma operação de crédito irregular e ilícita.

3. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

4. Presidente da República: pode responder, também, por crime de responsabilidade, previsto no art. 10 da Lei 1.079/50: “São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: (...) 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades de administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente”.

5. Prefeito Municipal: há lei especial, cuidando do assunto, conforme se vê no art. 1.º, XX, do Decreto-lei 201/67: “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com

qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades de administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente”.

6. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

7. Conceito de operação de crédito: é fornecido pelo art. 29, III, da Lei Complementar 101/2000: é o “compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros”. Ensina Régis Fernandes de Oliveira que “a operação de crédito é uma figura contratual que pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, nos exatos termos do art. 82 [atual art. 104] do Código Civil. Guarda a peculiaridade, no caso de contratos públicos, pelo fato de que um dos contratantes é ente federativo. Trata-se de compromisso em razão de um empréstimo, gerando crédito e débito” (*Responsabilidade fiscal*, p. 63). Em resumo, as operações de crédito “são aquelas realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios contemplando compromissos de pagamento a serem honrados no futuro” (citação de Carlos Valder do Nascimento, feita por José Maurício Conti, *Comentários à lei da responsabilidade fiscal*, p. 220). A regulamentação rígida estabelecida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em relação às operações de crédito realizadas pelos agentes públicos, gestores das finanças, tem por finalidade garantir que essas transações contribuam, de fato, para toda a coletividade, não excedendo a

capacidade do ente público de arcar com o seu custo. Por isso, há necessidade de prévia fiscalização e, conforme o caso, da aprovação de vários órgãos, inclusive e especialmente do Ministério da Fazenda (art. 32, LRF), bem como do Senado Federal (arts. 30, I, e 32, § 1.º, III e IV, LRF) e do Banco Central do Brasil (arts. 32, § 4.º, e 38, §§ 2.º e 3.º, LRF). O fundamental é que a operação de crédito, para efeito de futura análise e aprovação pelo Tribunal de Contas, tenha fulcro em lei orçamentária previamente aprovada, razão pela qual o parecer do Ministério da Fazenda, embora não tenha caráter vinculativo, pode evitar futura sanção (Régis Fernandes de Oliveira, *ob. cit.*, p. 67). No mesmo sentido, esclarece José Maurício Conti que “a contratação das operações de crédito precisa estar previamente autorizada por lei da entidade que pleiteia realizá-la. Um Município, por exemplo, antes de contratar a operação de crédito, deve ter previsão desse ato na legislação pertinente. E a operação deverá estar em rubrica própria na lei orçamentária anual, ou em lei específica que faça constar essa previsão, mediante abertura de crédito adicional, nos termos das normas gerais de direito financeiro” (*ob. cit.*, p. 222).

8. Operação de crédito por equiparação: dispõe o art. 29, § 1.º, da Lei de Responsabilidade Fiscal que “equipara-se a operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências dos arts. 15 e 16”.

9. Autorização prévia do Poder Legislativo: trata-se de elemento vinculado à ilicitude, porém trazido para o tipo penal, constituindo seu elemento normativo. Assim, torna-se fundamental para o aperfeiçoamento da tipicidade que o agente público ordene, autorize ou realize a operação de

crédito, não possuindo, anteriormente ao ato, a autorização legislativa.

10. Objetos material e jurídico: o objeto material é a operação de crédito efetivada. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

11. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da operação de crédito, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente. Admitindo a tentativa somente na conduta *realizar*, está a posição de Damásio (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 612).

12. Análise do núcleo do tipo: a figura equiparada prevista no parágrafo único tem as mesmas condutas já analisadas – ordenar, autorizar ou realizar operação de

crédito –, embora traga diferenças na sua concretização. Enquanto a figura do *caput* prevê a hipótese de o agente público efetivar operação de crédito, *sem autorização legislativa*, no caso deste parágrafo, a autorização existe, mas a transação foi feita ao arrepio das condições fixadas pela resolução do Senado, sejam elas pertinentes ao limite da operação ou em relação a qualquer outra ou, ainda, em desacordo com o limite máximo, fixado na lei, para a consolidação da dívida resultante da operação de crédito.

13. Norma penal em branco: para se ter a exata noção do seu conteúdo é preciso conhecer quais são os limites, as condições e os montantes fixados em lei ou resolução do Senado, razão pela qual a figura prevista no parágrafo único é norma penal em branco, necessitando do complemento apontado.

14. Autorização do Senado Federal: estabelece o art. 52 da Constituição que “compete privativamente ao Senado Federal: (...) V – autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI – fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII – dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII – dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX – estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

15. Dívida consolidada: segundo o art. 29, I, da Lei de Responsabilidade

Fiscal, é o “montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”. A despeito disso, comenta Ives Gandra da Silva Martins que, “apesar da preocupação do legislador com os conceitos por ele utilizados, não há, na lei, uma definição do que seja ‘dívida pública fundada ou consolidada’, mas apenas a enumeração dos elementos que a compõem. A somatória total das obrigações financeiras de uma entidade federativa é que constitui seu montante global, não podendo, à evidência, haver duplicação, ou seja, a mesma obrigação aparecer em mais de um item de sua descrição”. Sobre a expressão “para amortização em prazo superior a doze meses”, explica o autor que deve ser lida nos seguintes termos: “das obrigações financeiras do ente da Federação assumidas para amortização em prazo superior a doze meses, decorrentes de leis, contratos, convênios, tratados e oposições de crédito”. São equiparados os vocábulos “consolidada” e “fundada” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 182-183). Note-se que, neste caso, não se trata de norma penal em branco, pois o conceito dado pela Lei de Responsabilidade Fiscal é incompleto e apenas enunciativo, como explica Ives Gandra. Dessa forma, cabe ao intérprete fornecê-lo, considerando-se elemento normativo do tipo.

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar¹⁶⁻¹⁸ a inscrição em restos a pagar,¹⁹ de despesa²⁰ que não tenha sido previamente empenhada²¹ ou que exceda limite²² estabelecido em lei;²³⁻²⁴

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

16. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* significa mandar que se faça ou determinar, constituindo ato mandamental; *autorizar* quer dizer dar licença a outrem para fazer ou consentir expressamente que seja feito. Veda este artigo que o agente público ordene ou autorize a inscrição em restos a pagar (ver conceito na nota 19 seguinte) de despesa que ainda não foi empenhada ou que, apesar de ter sido, excedeu o limite estabelecido na lei. Logo, evita-se deixar para o ano seguinte, e, principalmente, para outro administrador, despesas que já não constem expressamente como devidas e cujo pagamento há de se estender no tempo, especialmente se não houver recursos para o pagamento.

17. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a inscrição da despesa. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

18. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

19. Restos a pagar: são as despesas empenhadas, que não foram pagas no exercício financeiro, esgotado em 31 de dezembro. Segundo Régis Fernandes de Oliveira, “constituem eles a denominada dívida flutuante e devem ser registrados em conta própria. Normalmente, são pagas por meio de crédito especial, podendo haver dotação orçamentária específica para

seu pagamento”. Estabelece o art. 36 da Lei 4.320/64, que os restos a pagar se distinguem em processados e não processados. E explicam Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: “os *restos a pagar processados* representam as despesas que cumpriram o estágio da liquidação e que deixaram de ser pagas apenas por circunstâncias próprias do encerramento do exercício. Os *não processados* são todas as despesas que deixaram de passar pelo estágio da liquidação” (*Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 53). Sobre a execução das despesas públicas, ver a nota 21 abaixo, tratando do empenho da despesa.

20. Conceito de despesa pública: sob o prisma financeiro, diz Carlos Valder do Nascimento ser despesa pública “todo emprego ou dispêndio de dinheiro para aquisição de alguma coisa ou execução de um serviço” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 107).

21. Empenho da despesa: *empenhar*, no contexto deste artigo, significa comprometer o orçamento imputando-lhe uma despesa da Administração Pública a ser futuramente paga. Estabelece o art. 58 da Lei 4.320/64 que o “empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. O empenho é indispensável, pois é vedada a realização de despesa que não tenha sido previamente separada do orçamento para honrar o compromisso assumido (art. 60, Lei 4.320/64). O procedimento referente à execução de despesas públicas obedece a uma ordem: primeiramente, empenha-se a despesa, destacando-a do orçamento, isto é, reservando-se recursos da dotação orçamentária para determinado pagamento. Emite-se, para tanto, a *nota de empenho*. Em seguida, o administrador providencia a sua

liquidação, que significa verificar o direito do credor de receber o montante separado, checando notas e documentos. A última etapa equivale à ordem de pagamento. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, o “empenho é o instrumento de que se serve a Administração a fim de controlar a execução orçamentária. É por meio dele que o legislativo se certifica de que os créditos concedidos ao Executivo estão sendo obedecidos. O empenho constitui instrumento de programação, para que o Executivo tenha sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis. Não há empenho posterior” (*Crimes contra as finanças públicas*, p. 44).

22. Limite estabelecido em lei: trata-se de norma penal em branco, exigindo-se conhecer qual é o limite fixado em lei, para poder aplicar o tipo penal incriminador.

23. Objetos material e jurídico: o objeto material é a despesa empenhada. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

24. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da operação de crédito, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação

não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente. Admitindo, igualmente, a tentativa: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (*Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 45). Não admitindo: Damásio (*Adendo especial aos comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 615).

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar²⁵⁻²⁷ a assunção de obrigação,²⁸ nos dois últimos quadrimestres²⁹ do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade³⁰ de caixa.³¹⁻³³

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

25. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* significa mandar que se faça ou determinar, constituindo ato mandamental; *autorizar* quer dizer dar licença a outrem para fazer ou consentir expressamente que seja feito. No caso deste artigo, a ordem ou o consentimento do administrador volta-se à assunção de obrigação, no final do seu mandato ou legislatura. Quer-se proteger a Administração Pública dos constantes desmandos de ocupantes de cargos de direção que, estando prestes a deixar o governo ou o parlamento, em plena época de eleição,

terminam comprometendo o orçamento vindouro, assumindo obrigações de pagamentos que não farão diretamente, mas, sim, o seu sucessor. Assume-se a obrigação de pagar levianamente, como se o orçamento fosse multiplicável, conforme o desejo do administrador, o que não ocorre, havendo constante estado de inadimplência e desequilíbrio fiscal por parte de muitos órgãos públicos. Além disso, quer-se evitar que o administrador transmita despesa sua ao futuro ocupante do cargo. Logo, a primeira parte do tipo penal tem por finalidade abranger a assunção de dívida, que não será paga no mesmo exercício, sendo complementada pela segunda parte, voltada a garantir que a dívida, caso reste para o exercício seguinte, ao menos tenha previsão de caixa suficiente para satisfazê-la. E tudo sob a ótica geral de estar o administrador efetivando o contrato ou a operação de crédito, devidamente autorizado por lei. Esta conduta é mais grave do que a prevista no artigo anterior, tendo em vista que a inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar não se refere ao estouro de caixa realizado no último ano do mandato ou da legislatura, transferindo a conta para o sucessor, mas é um procedimento de rolagem de dívida indevido, ainda que seja na mesma gestão. O art. 359-B tem por finalidade moralizar a passagem do funcionário por determinado cargo, a fim de que gaste aquilo que pode e está autorizado em lei. Trata-se do equilíbrio fiscal que uma gestão honesta deve ter. Abrange qualquer funcionário competente para ordenar ou autorizar despesa. No caso do art. 359-C, a conduta é mais séria, pois o administrador ou parlamentar, valendo-se de mandato ou legislatura – e não qualquer funcionário –, termina atuando no sentido de empurrar a terceiros despesas e comprometer os financeiros que assumiu, mas sabe que não irá pagar.

26. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, embora, neste caso, deva ser ocupante de cargo para o qual foi eleito. Abrange tanto o chefe de Poder, que exerce função administrativa, quanto o integrante do Legislativo, incumbido de autorizar os gastos. Incluem-se, ainda, o chefe do Ministério Público e todos os outros gestores, nomeados para o exercício de um mandato, quando gozarem de autonomia administrativa e financeira para deliberar sobre gastos. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

27. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

28. Assunção de obrigação: significa assumir a obrigatoriedade de realizar despesa, através de qualquer ato ou fato. Logo, não quer dizer unicamente empenhar despesa, nem contrair obrigação de pagamento. Nessa ótica, conferir o magistério de Figueiredo, Ferreira, Raposo, Braga e Nóbrega (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 225).

29. Dois últimos quadrimestres: a proibição de assunção de obrigação tem início a partir de 1.º de maio do ano final do mandato ou da legislatura.

30. Disponibilidade de caixa: analisando a disponibilidade de caixa, explicam Flávio da Cruz, Adauto Viccari Júnior, José Osvaldo Glock, Nélcio Herzmann e Rosângela Tremel que “deve ser considerado todo o

estoque da dívida existente em 30 de abril, independentemente do exercício em que foi gerada. Desse montante, identifica-se o valor vencido e a vencer até 31 de dezembro, para fins da projeção da disponibilidade de caixa naquela data, levando em consideração que, pela exigência legal da observância da ordem cronológica de vencimento, estes valores deverão ter prioridade de pagamento em relação aos novos compromissos a serem assumidos, lembrando, ainda, que é crime anular despesas liquidadas, inscritas em Restos a Pagar. Num exemplo prático, se a Administração assinou um contrato no dia 28 de abril, para a execução de uma obra cujo cronograma físico financeiro avance até o dia 31 de março do exercício seguinte, a parcela a ser paga nos três meses do próximo ano não precisaria constituir disponibilidade de caixa em 31 de dezembro, pois o ato que a originou não ocorreu nos últimos dois quadrimestres. Contudo, o valor a ser pago no decorrer do ano deverá ser considerado quando da projeção da disponibilidade de caixa. Os entes da Federação e órgãos públicos que possuem grande endividamento serão forçados a, nesse período, reduzir ao máximo suas despesas correntes e ficarão, praticamente, impedidos de realizar despesas de capital cujo valor não possa ser integralmente liquidado no exercício, tendo como alternativa tentar o aumento da receita e outras medidas no mercado fornecedor, como, por exemplo, a licitação e contratação parcial de obras etc.” (*Lei de responsabilidade fiscal comentada*, p. 129-130). Assim, também, é a posição assumida por Carlos Mauricio Figueiredo, Cláudio Ferreira, Fernando Raposo, Henrique Braga e Marcos Nóbrega (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 227).

31. Objetos material e jurídico: o objeto material é a obrigação assumida. O objeto jurídico é a proteção à regulari-

dade das finanças públicas e à probidade administrativa.

32. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo para a administração diante da falta de recursos para arcar com a obrigação gerada); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente. Não admitindo tentativa: Damásio (*Adendo especial aos comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 618).

33. Exclusão de responsabilidade: alerta Misabel Abreu Machado Derzi, tratando da norma limitadora da contração de obrigação nos dois últimos quadrimestres do mandato (art. 42, LRF), que “o dispositivo, não obstante, não atinge as novas despesas contraídas no primeiro quadrimestre do último ano do mandato, ainda que de duração continuada superior ao exercício financeiro. Também não deverá

alcançar outras despesas contraídas no final do exercício para socorrer calamidade pública ou extraordinárias para atender a urgências necessárias” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 310). É preciso acrescentar, ainda, ser possível aplicar ao contexto dos crimes previstos neste Capítulo as regras gerais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. Assim, pode ocorrer hipótese de estado de necessidade ou mesmo de inexigibilidade de conduta diversa, a justificar o gasto realizado ao arrepio da Lei de Responsabilidade Fiscal. A situação, embora típica, não será considerada penalmente ilícita ou culpável, conforme o caso.

Ordenação de despesa não autorizada

Art. 359-D. Ordenar³⁴⁻³⁶ despesa³⁷ não³⁸⁻³⁹ autorizada por lei;⁴⁰⁻⁴¹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

34. Análise do núcleo do tipo: *ordenar*, como já visto em nota anterior significa mandar que se faça ou determinar. No contexto deste artigo diz respeito à despesa não autorizada previamente em lei ou em desacordo com a autorização legal, constituindo afronta ao disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000), cuja finalidade é moralizar a Administração Pública. Ensina Carlos Valder do Nascimento que “recomendação dessa natureza tem razão de ser porque nem sempre os gastos públicos, objeto das decisões governamentais, obedecem ao critério da racionalidade. O que se busca, ao menos teoricamente, é direcionar a ação pública no sentido do maior proveito dos tributos em prol da coletividade, de modo que a fórmula possa ser consubstanciada no princípio da máxima vantagem social, que constitui uma das regras racionais em

que geralmente se inspiram ou devem se inspirar os governantes” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 113).

35. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar despesa. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

36. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

37. Conceito de despesa: ver nota 20 ao art. 359-B.

38. Benefício para a Administração: é irrelevante, pois o delito é de perigo abstrato, cujo prejuízo para as finanças públicas e para a probidade administrativa é presumido pelo próprio tipo penal. Logo, ainda que a Administração seja beneficiada pela liberação de verba, não prevista na lei orçamentária ou em lei específica, o crime está configurado. Em sentido contrário, estão as posições de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini: “Pode ocorrer, entretanto, que a despesa, ainda que não autorizada por lei, venha a ser plenamente justificada. A inexistência de autorização constitui, tão-somente, indício de irregularidade, havendo necessidade, para se criminalizar a conduta, que se verifique, diretamente, a existência de uma lesão não justificada ao bem jurídico. Quando devidamente explicável a despesa, deslegitimada encontra-se a possibilidade de se punir a conduta, ao menos penalmente. O controle a ser exercido pelos órgãos que a LRF designa deve ir além do mero aspecto de legalidade, ‘sempre que necessário,

para efetivar o comando da legitimidade e eficiência” (*Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 50).

39. Autorização legal para a despesa: estipula o art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal que “serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”. Estes, por sua vez, disciplinam o seguinte: “A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1.º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições. § 2.º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas. § 3.º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias. § 4.º As normas do *caput* constituem condição prévia para: I – empenho e licitação de serviços,

fornecimento de bens ou execução de obras; II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3.º do art. 182 da Constituição” (art. 16). “Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1.º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio. § 2.º Para efeito do atendimento do § 1.º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1.º do art. 4.º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. § 3.º Para efeito do § 2.º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 4.º A comprovação referida no § 2.º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias. § 5.º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2.º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar. § 6.º O disposto no § 1.º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição. § 7.º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado” (art. 17). Além desses dispositivos, outros pode haver que

impeçam a geração de despesa, caso não esteja expressamente prevista e autorizada em lei, como demonstram os arts. 21 e 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

40. Objetos material e jurídico: o objeto material é a despesa ordenada. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

41. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da despesa, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (o verbo implica em ação) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização da conduta prevista no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente. Admitindo, igualmente, tentativa: Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (*Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 51). Não aceitando a tentativa: Damásio (*Adendo especial aos comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 620).

Prestação de garantia graciosa

Art. 359-E. Prestar garantia⁴²⁻⁴⁴ em operação de crédito⁴⁵ sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:⁴⁶⁻⁴⁷

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

42. Análise do núcleo do tipo: *prestar garantia* significa compromissar-se a satisfazer a dívida assumida, oferecendo algum tipo de caução. A Lei de Responsabilidade Fiscal trata do tema, expressamente, no art. 29, IV, nos seguintes termos: é o “compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada”. Nas palavras de Misabel Abreu Machado Derzi, “garantia é expressão ampla, que inclui qualquer *caução* destinada a conferir segurança ao pagamento, quer oferecida pelo próprio devedor, em adição à garantia genérica que o seu próprio patrimônio configura, quer por terceiro, estranho à obrigação principal (...). A contragarantia tem a mesma natureza e extensão da garantia, ou seja, qualquer caução contraprestada pelo devedor ao garantidor, terceiro estranho ao vínculo obrigacional que lhe garantiu o pagamento” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 274-275). Pode ser, segundo explica Ives Gandra da Silva Martins, financeira ou contratual. O compromisso deve ser assinado por ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou por entidade da Administração indireta, tal como autarquias, fundações, empresas públicas, entre outras (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 186). Por outro lado, sustenta Régis Fernandes de Oliveira que, dada a garantia – por exemplo, a União pode ser chamada a dar garantia, no caso de operação junto a organismo internacional –, deve ser exigida a contragarantia do

Estado, do Município ou de outro ente que deseje obter um empréstimo. As garantias e contragarantias podem ser pessoais (ex.: aval) ou reais (ex.: hipoteca) (*Responsabilidade fiscal*, p. 75-76). Não é diferente a expressa previsão legal para que a garantia possa ser oferecida, embora se exigindo a contragarantia: “Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal. § 1.º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas. (...)” (art. 40, LRF). Em suma, a conduta típica objetivada neste crime é impedir que o administrador apto a prestar garantia em operação de crédito possa valer-se dessa faculdade sem a devida exigência de contragarantia, o que é indispensável, para conferir segurança ao ente que assegurou o compromisso alheio. Não se admite que o funcionário preste garantia por mera liberalidade.

43. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para prestar garantia em operação de crédito. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

44. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

45. Conceito de operação de crédito: ver a nota 7 ao art. 359-A.

46. Objetos material e jurídico: o objeto material é a operação de crédito desguarnecida de contragarantia. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

47. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da operação de crédito, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal). Para Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, no entanto, trata-se de um delito de perigo concreto, dependente da prova de que, em face da inexistência da contragarantia, as finanças públicas correram o risco de lesão (*Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 52); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente. No mesmo sentido, Gomes e Bianchini (ob. cit., p. 52). Em

contrário, sustentando ser inadmissível, Damásio (*Adendo*, p. 622).

Não cancelamento de restos a pagar

Art. 359-F. Deixar⁴⁸⁻⁵⁰ de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar⁵¹ inscrito em valor superior ao permitido em lei;⁵²⁻⁵³

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

48. Análise do núcleo do tipo: *deixar de ordenar, autorizar ou promover* fornece a nítida significação de delito omissivo, implicando numa abstenção indevida por parte do administrador. *Ordenar* quer dizer dar um comando; *autorizar* significa fornecer o consentimento, aquiescer; *promover* quer dizer ser causa geradora de algo. O objetivo deste crime é complementar o anterior, previsto no art. 359-B (inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar). Assim, aquele que ordena ou autoriza a inscrição de despesa não autorizada, por qualquer razão, em restos a pagar responde pelo art. 359-B, mas o agente administrativo que, podendo e tendo competência a tanto, toma conhecimento do que foi feito por outro e não determina o cancelamento dessa indevida inscrição responde pelo art. 359-F. Note-se que, sendo o mesmo administrador, o crime previsto neste artigo é considerado *fato posterior não punível*, pois, se ele inscreveu o indevido, é natural que não providencie o cancelamento.

49. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário competente para ordenar, autorizar ou promover o cancelamento de restos a pagar. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças pú-

blicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

50. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

51. Conceito de restos a pagar: ver a nota 19 ao art. 359-B.

52. Objetos material e jurídico: o objeto material é a inscrição de restos a pagar. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

53. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da operação de crédito, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); omissivo (o verbo principal “deixar de” implica em omissão); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato); não admite tentativa, por se tratar de crime omissivo próprio.

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar⁵⁴⁻⁵⁶ ato que acarrete aumento de

despesa total com pessoal,⁵⁷ nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura.⁵⁸⁻⁵⁹

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

54. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* quer dizer dar um comando; *autorizar* significa fornecer o consentimento, aquiescer; *executar* tem o mesmo sentido de realizar, ou seja, tornar efetivo. Volta-se o tipo penal para qualquer ato que possa acarretar um aumento de despesa, referente a pessoal, no prazo de 180 dias antes do final do mandato ou legislatura. Visa-se coibir as elevações indevidas de salários ou concessões de vantagens em geral, passando-se a conta ao sucessor do cargo, enquanto o prestígio de ter atendido às reivindicações dos funcionários fica com o administrador que proporcionou a elevação de vencimentos. Este crime não se relaciona com o previsto no art. 359-C, porque, na assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura, está-se levando em conta despesas que não possam ser pagas no mesmo exercício, ficando a obrigação de pagamento ao sucessor, sem ter disponibilidade orçamentária para tanto. No caso do art. 359-G, o aumento de despesa com pessoal é permanente, isto é, com certeza irá atravessar o exercício, atingindo os anos vindouros. Assim acontecendo, é possível que o orçamento fique comprometido, deixando de propiciar ao administrador futuro condições para gerir, convenientemente, a máquina estatal. Note-se, ademais, que pouco interessa para a configuração do crime, previsto neste artigo, que haja suficiência de verbas para o pagamento, pois a vedação é expressa e tem por finalidade evitar os gestos de benemerência com o dinheiro público, justamente quando haverá de assumir outro administrador, com outras idéias e projetos. Além disso, muitos

desses aumentos de vencimentos têm nítida conotação eleitoral, tendo por fim favorecer determinados partidos ou candidaturas, o que não está de acordo com a lisura exigida na Administração Pública. Acrescente-se o disposto no art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal: “Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”. E, no art. 20, encontram-se disciplinados os tetos máximos para os gastos dos Poderes do Estado e de outras instituições que possuem autonomia financeira e administrativa, como ocorre com o Ministério Público. Torna-se importante anotar o comentário de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre o tema: “O dispositivo não proíbe atos de investidura ou os reajustes de vencimentos ou qualquer outro tipo de ato que acarrete aumento de despesa, mas veda que haja aumento de despesa com pessoal no período assinalado. Assim, nada impede que atos de investidura sejam praticados ou vantagens pecuniárias sejam outorgadas, desde que haja aumento da receita que permita manter o órgão ou Poder no limite estabelecido no art. 20 ou desde que o aumento da despesa seja compensado com atos de vacância ou outras formas de diminuição da despesa com pessoal. (...) A intenção do legislador com a norma do parágrafo único foi impedir que, em fim de mandato, o governante pratique atos que aumentem o total de despesa com pessoal, comprometendo o orçamento subsequente ou até mesmo superando o limite imposto pela lei, deixando para o sucessor o ônus de adotar as medidas cabíveis para alcançar o ajuste. O dispositivo, se fosse entendido como proibição indiscriminada de qualquer ato de aumento de despesa, inclusive atos de provimento, poderia criar situações in-

sustentáveis e impedir a consecução de fins essenciais, impostos aos entes públicos pela própria Constituição” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 156). Em suma, é preciso considerar que o tipo penal fala em *aumento de despesa*, não envolvendo, pois, reposição de funcionários, como bem esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Mas, somos levados a discordar da eminente administrativista, no que se refere à possibilidade de aumentar as despesas, se houver folga no orçamento. O crime em tela veda *aumento* de despesa em final de mandato, com ou sem folga orçamentária, estando ou não no limite fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 20). Quer-se garantir que a decisão de elevação de despesas fique a cargo do futuro ocupante do cargo e não simplesmente permitir que o administrador, que se despede, brinde o funcionalismo com qualquer tipo de aumento. Logo, quer-nos parecer que, para o fim de preenchimento deste tipo penal, basta a conduta de ordenar, autorizar ou executar ato que provoque *aumento* de despesa total com pessoal. Concordamos que a contratação de funcionários, por conta da vacância de cargos é razoável, tendo em vista que há, aí, uma compensação, logo, inexistente aumento. No mais, ainda que haja folga orçamentária, os efetivos *aumentos* estão proibidos, nos 180 dias anteriores ao término do seu mandato ou legislatura.

55. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou executar o ato que acarrete aumento de despesa com pessoal, embora, neste caso, deva ser ocupante de cargo para o qual foi eleito. Abrange tanto o chefe de Poder, que exerce função administrativa, quanto o integrante do Legislativo, incumbido de autorizar os gastos. Incluem-se, ainda, o chefe do Ministério Público e todos os outros gestores, nomeados para o

exercício de um mandato, quando gozarem de autonomia administrativa e financeira para deliberar sobre gastos. Note-se, ainda, que a figura típica abrange o *executor*, isto é, o funcionário que tenha competência para implantar, efetivamente, o aumento. Logicamente, se o competente para ordenar dá um comando, é natural supor que o funcionário encarregado de implantar o aumento cumpra. Se ele vislumbrar manifesta ilegalidade, deve recusar-se a fazê-lo, pois ninguém é obrigado a cumprir ordens ilegais. Mas se a ordem ou autorização for de duvidosa legalidade, pode ele valer-se da obediência hierárquica – excludente de culpabilidade. No mais, se aquiesceu à ordem ou autorização dada, é co-autor. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera conseqüências desastrosas para toda a coletividade.

56. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

57. Despesa com pessoal: preceitua o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal entender-se como despesa total com pessoal “o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribui-

ções recolhidas pelo ente às entidades de previdência”. Mencionemos, novamente, que os limites estabelecidos para os gastos pelos Poderes encontrados no art. 20 são de duvidosa constitucionalidade, por ter a União, ao fixar percentuais, invadido a competência dos outros entes federativos – os Estados e os Municípios. A matéria é polêmica e, como lembra Regis Fernandes de Oliveira, o “Supremo Tribunal Federal, em recentíssima decisão, entendeu constitucional o art. 20 da lei ora comentada, por seis votos a cinco. Pelo resultado, vê-se a dificuldade do problema. No entanto, para nós, não há como se entender constitucional o dispositivo, no que vincula Estados e Municípios, impondo-lhes restrições, bem como no que alcança os Poderes Judiciário e Legislativo. A norma nacional complementar apenas pode dispor sobre ‘normas gerais’ e, positivamente, assim não se podem entender aquelas que descem a detalhes sobre percentuais de aplicação obrigatória. Reconhece-se que o Supremo Tribunal Federal é um tribunal político e, como tal, amoldou-se à exigência ética da norma. Jamais poderia ter entendido o dispositivo como aplicação de ‘norma geral’” (*Responsabilidade fiscal*, p. 48).

58. Objetos material e jurídico: o objeto material é o ato autorizador do aumento de despesa com pessoal. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

59. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (delito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo aumento da despesa com prejuízo para as finanças públicas); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei

para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento), conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado

Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover⁶⁰⁻⁶² a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia.⁶³⁻⁶⁴

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

60. Análise do núcleo do tipo: *ordenar* quer dizer dar um comando; *autorizar* significa fornecer o consentimento, aquiescer; *promover* quer dizer ser causa geradora de algo. O objetivo deste crime é evitar que o funcionário competente possa inserir no mercado financeiro, de alguma forma, títulos da dívida pública, sem autorização legal para a sua criação ou sem o devido registro no órgão de fiscalização competente. Evita-se, com isso, um descontrole das finanças do Estado. Menciona o art. 29,

II, da Lei de Responsabilidade Fiscal que a dívida pública mobiliária é representada por “títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios”. Na explicação de Figueiredo, Ferreira, Raposo, Braga e Nóbrega, “esses títulos são negociados em mercado através de leilões eletrônicos monitorados pelo BACEN. A LRF destaca os títulos emitidos pelo BACEN para efeito de caracterização da dívida mobiliária. Isso se deve a uma nova postura determinada pela lei quanto ao volume de dívida gerada pelo BACEN na execução da política monetária, que antes não se integrava ao montante da dívida mobiliária da União, resultando na falta de controle do Tesouro federal sobre as emissões” (*Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, p. 183).

61. Sujeitos ativo e passivo: o sujeito ativo é o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou promover oferta pública ou colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública. Sobre o conceito de funcionário público, ver o art. 327 do Código Penal. O sujeito passivo é, primordialmente, o Estado. Secundariamente, no entanto, é a sociedade, pois o abalo nas finanças públicas, como visto na introdução ao tema na nota 1, gera consequências desastrosas para toda a coletividade.

62. Elemento subjetivo: é o dolo. Não existe a forma culposa, nem se exige elemento subjetivo do tipo específico.

63. Objetos material e jurídico: o objeto material são os títulos da dívida pública. O objeto jurídico é a proteção à regularidade das finanças públicas e à probidade administrativa.

64. Classificação: trata-se de crime próprio (aquele que só pode ser cometido por sujeito ativo qualificado); formal (de-

lito que não exige, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na efetiva realização da operação de crédito, com prejuízo para o erário ou para a probidade administrativa); de forma vinculada (deve ser cometido de acordo com o meio de realização eleito pela lei para a efetivação dos atos administrativos); comissivo (os verbos implicam em ações) e, excepcionalmente, na modalidade omissivo impróprio ou comissivo por omissão (quando o agente tem o dever jurídico de evitar o resultado, nos termos do art. 13, § 2.º, CP); instantâneo (cuja consumação não se prolonga no tempo, dando-se em momento determinado); de perigo abstrato (aquele que independe da prova do perigo para as finanças públicas, bastando a simples realização das condutas previstas no tipo penal); unissubjetivo (pode ser cometido por um único sujeito); unissubsistente (praticado num único ato) ou plurissubsistente (delito cuja ação é composta por vários atos, permitindo-se o seu fracionamento),

conforme o caso concreto; admite tentativa, na forma plurissubsistente.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa^{64-A} e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Intervenitores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

64-A. Crimes de imprensa: ver ADPF 130-7, em andamento no STF.

Art. 361. Este Código entrará em vigor no dia 1.º de janeiro de 1942.

Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940;
119.º da Independência e 52.º da República.

Getúlio Vargas
Francisco Campos

BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed., 11. tir. Revisão Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ALMADA, Célio de Melo. *Legítima defesa. Legislação. Doutrina. Jurisprudência. Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1958.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Modelos de inimputabilidade – Da teoria à prática*. Coimbra: Almedina, 2000.
- _____.; D'ALMEIDA, Luís Duarte; PATRÍCIO, Rui, e VILALONGA, José Manuel. *Código Penal anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ALMEIDA, Dario Martins de. *O livro do jurado*. Coimbra: Almedina, 1977.
- ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: RT, 1955.
- ALMEIDA JR., A., e COSTA JR., J. B. de O. *Lições de medicina legal*. 9. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981.
- ALVES, Roque de Brito. *Ciúme e crime*. Recife: Fasa, 1984.
- _____. *Crime e loucura*. Recife: Fasa, 1998.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. 2. ed. Recife: Nossa Livraria, 2005.
- AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 2. ed. São Paulo: RT, 1978.
- AMERICANO, Odin. *Da culpabilidade normativa. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, René Ariel; REALE JR., Miguel, e PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – Parte generale*. Atual. Luigi Conti. 14. ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- _____. *Manuale di diritto penale – Parte speciale*. Atual. Luigi Conti. 12. ed. Milano: Giuffrè, 1997.
- _____. *Manuale di diritto penale – Parte speciale*. Atual. Luigi Conti. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de; MENEZES, Marco Antônio. *Em defesa do exame criminológico*. *Boletim do IBCCRIM*, n. 129, ago. 2003, p. 3.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência-Corde, 1994.

- _____. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Delitos de trânsito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995.
- ARBENZ, Guilherme Oswaldo. *Compêndio de medicina legal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Livraria Atheneu, 1983.
- ARNAU, Frank. *Por que os homens matam*. Trad. Vera Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966.
- ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Manual de derecho penal – El delito*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985.
- ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, e GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. *Lecciones de derecho penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: La Ley, 1999.
- AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.
- _____. *Dosimetria da pena – Causas de aumento e diminuição*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal – Parte general*. 5. ed. Madrid: Akal, 1998.
- BALERA, Wagner (org.). *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- BALTAZAR JR., José Paulo. Aspectos penais. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito previdenciário – Aspectos materiais, processuais e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 1999.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. Do crime continuado. *Justitia* 83/149.
- _____. *Crimes contra a honra*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. Denunciação caluniosa. *Direito Penal Atual (estudos)*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Latrocínio*. 1. ed. 2. t. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Campinas: Romana, 2003.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.
- BARROS, Luiz Celso de. *Responsabilidade fiscal e criminal*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

- BATISTA, Nilo. Alternativas à prisão no Brasil. *Revista da Escola do Serviço Penitenciário*, n. 4, jul.-set. 1990.
- _____. *Concurso de agentes* – Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Decisões criminais comentadas*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1976.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal* – Parte geral. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal* – Conceptos fundamentales y sistema (introducción a la sistemática sobre la base de casos). Trad. Conrado A. Finzi. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1981.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: notas diante da primeira condenação na justiça francesa. RT 731/471, set. 1996.
- _____. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERISTAIN, Antonio. *Victimología* – Nueve palabras clave. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio. *Derecho penal (parte general)*. Puebla: José M. Cajica Jr, 1949. v. I e II.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale* – Parte generale. 4. ed. Palermo: G. Priulla, 1958.
- _____. Os princípios fundamentais do direito penal vigente. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais*, n. 4. Instituição Toledo de Ensino, abr.-jun. 1967.
- _____. e BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1993.
- BETTIOL, Rodolfo, e BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio.
- BIANCHINI, Alice, e GOMES, Luiz Flávio. *Crimes de responsabilidade fiscal* – Lei 10.028/2000: crimes contra as finanças públicas, crimes de responsabilidade fiscal de prefeitos, legislação na íntegra (Lei 10.028 e LC 101/2000). São Paulo: RT, 2001 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 2.).
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Alguns aspectos da culpabilidade na atualidade. RT 756/425, out. 1998.
- _____. Alguns aspectos penais controvertidos do Código de Trânsito. RT 754/480, ago. 1998.
- _____. *Erro de tipo e erro de proibição* – Uma análise comparativa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. A exasperação penal nos crimes de furto, roubo e receptação. Reflexões sobre as inovações da Lei 9.426/96. *Ajuris* 72/195.
- _____. *Teoria geral do delito*. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Tratado de direito penal* – Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Tratado de direito penal* – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, 3.

- _____. e PRADO, Luiz Regis. *Código Penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- BITENCOURT, Monique von Hertwig, e FERREIRA, Victor José Sebem. A proibição do comércio e consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos no dia do pleito. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/monique.htm>>.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito do autor*. 2. ed. Atualização de Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Direito de autor*. 4. ed. Atual. Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BLASINETTO, Frederico. *Prescrição penal – Manual prático para entendê-la e calculá-la*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BLEGER, José. *Psicologia da conduta*. 2. ed. Trad. Emilia de Oliveira Diehl. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- BOSCARELLI, Marco. *Compendio di diritto penale – Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1968.
- BOSCHI, José Antonio Paganella, e SILVA, Odir Odilon Pinto da. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- _____. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRAGA, Henrique; RAPOSO, Fernando; FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio, e NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *Da defesa nos crimes contra o patrimônio*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. t. IV.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. I e II.
- _____. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- _____. Sobre o tipo no direito penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- BUENO, Paulo Amador Thomas Alves da Cunha. *Crimes na Lei do Parcelamento do Solo Urbano*. São Paulo: Lex Editora, 2006.
- BULGARELLI, Waldirio. *Titulos de crédito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1982.
- BUSTOSRAMÍREZ, Juan (org.). *Prevención y teoría de la pena*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.
- _____. e VALENZUELABEJAS, Manuel. *Derecho penal latinoamericano comparado. Parte generale*. Buenos Aires: Depalma, 1981. t. I.
- CABRAL NETTO, J. Recurso ex officio. RT 692/242, jun. 1993.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 4. ed. São Paulo: RT, 1984.
- CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no direito penal. RT 764/434, jun. 1999.

- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. Tese para concurso de professor titular da cadeira de Direito Penal da USP, 1993.
- _____. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CANT, Paul de. *O trabalho em benefício da comunidade: uma pena em substituição? Prestação de serviços à comunidade*. Porto Alegre: Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. *El problema de la pena*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Rodamillans, 1999.
- CARRARA, Francesco. *Derecho penal*. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- _____. *Programa do curso de direito criminal – Parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. I.
- _____. *Programa do curso de direito criminal – Parte geral*. Trad. José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. v. II.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. *A legítima defesa – Da fundamentação teórico-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- CARVALHO FILHO, Aloysio. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4.
- CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.
- CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. *Os crimes contra a administração pública – Parte 1*. São Paulo: CPC, 1998.
- _____. *Os crimes contra a pessoa no Código Penal – Parte 1*. São Paulo: CPC, 1996.
- _____. *Os crimes contra a pessoa no Código Penal – Parte 2*. 2. ed. São Paulo: CPC, 1999.
- CASTIÑEIRA, Maria T. *El delito continuado*. Barcelona: Bosch, 1977.
- CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Attentados ao pudor (Estudos sobre as aberrações do instinto sexual)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.
- _____. *Os delictos contra a honra da mulher*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.
- _____. *Questões de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1900.
- CEREZO MIR, José. *Curso de derecho español – Parte general*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. 1.
- _____. *Curso de derecho penal español*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 2.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente, e COSTA JR., Paulo José. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.
- CHAVES, Antonio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- _____. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CLEMENTE, Miguel, e ESPINOSA, Pablo. *La mente criminal – Teorías explicativas del delito desde la psicología jurídica*. Madrid: Dykinson, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. RT 736/503, fev. 1997.
- CLONINGER, Susan C. *Teorias da personalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CORDOBA RODA, Juan. *Culpabilidad y pena*. Barcelona: Bosch, 1977.
- CORRÊA JUNIOR, Alceu, e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.
- CORREA, Pedro Ernesto. *El delito continuado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.
- CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal – Parte especial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, t. I e II.
- _____. *Exame criminológico. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COSTA, Carlos Adalmyr Condeixa da. *Dolo no tipo – Teoria da ação finalista no direito penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- COSTA, Fernando José da. *O falso testemunho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2003.
- COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em direito penal)*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- COSTA, Mário Ottobrine, e SUCENA, Lílían Ottobrine Costa. A eutanásia não é o direito de matar. RT 263/25, set. 1957.
- COSTA, Tailson Pires. *Penas alternativas – Reeducação adequada ou estímulo à impunidade?* São Paulo: Max Limonad, 1999.
- COSTA E SILVA, A. J. da. *Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943. v. 1.
- _____. *Comentários ao Código Penal brasileiro*. 2. ed. atual. Luiz Fernando da Costa e Silva. São Paulo: Contasa, 1967. v. I.
- COSTA JR., J. B. de O., e ALMEIDA JÚNIOR, A. *Lições de medicina legal*. 9. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *O crime aberrante*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Direito penal – Curso completo*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.
- _____. e PAGLIARO, Antonio. *Dos crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- _____. e QUEIJO, Maria Elizabeth. *Comentários aos crimes do novo Código Nacional de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- CREUS, Carlos. *Introducción a la nueva doctrina penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1992.
- CROCE, Delton, e CROCE JR., Delton. *Manual de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CROCE JR., Delton, e CROCE, Delton. *Manual de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CRUZ, Flávio da (coord.); GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN; Nélío, TREMEL, Rosângela, e VICCARI JUNIOR, Adauto. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo derecho penal de menores*. Madrid: Civitas, 2000.
- D'ALMEIDA, Luís Duarte; PATRÍCIO, Rui; VILALONGA, José Manuel, e ALMEIDA, Carlota Pizarro de. *Código Penal anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- D'ANDREA, Flavio Fortes. *Desenvolvimento da personalidade*. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- DELITALA, Giacomo. *Scritti di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1976. v. 1.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DEL RIO, J. Raimundo. *Derecho penal – Parte general*. Santiago: Editorial Nascimento, 1935. t. II.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- _____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Temas básicos da doutrina penal – Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1987. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1 a 4.
- DOLCINI, Emilio, e MARINUCCI, Giorgio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. v. 1.
- DOMINGUEZ, Humberto Barrera. *Delitos contra el patrimonio economico*. Bogotá: Temis, 1963.
- DONNA, Edgardo A. *La imputación objetiva*. Buenos Aires: Belgrano, 1997.
- DOTTI, René Ariel. Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 7/117.
- _____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *O incesto*. Curitiba: Guignone, 1976.
- _____. Processo penal executório. RT 576/309, out. 1993.

- _____. Visão geral da medida de segurança. *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). São Paulo: Método, 2001.
- _____; REALE JR., Miguel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes, e PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DUTRA, Mário Hoepfner Dutra. *O furto e o roubo em face do Código Penal brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1955.
- ENRIQUE EDWARDS, Carlos. *Garantías constitucionales en materia penal*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, e GÓMEZ-JARABO, Gregorio. *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*. Madrid: Edisofer, 2000.
- FARHAT, Alfredo. *Do infanticídio*. São Paulo: RT, 1956.
- FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1962. v. 3.
- FEDELI, Mario. *Temperamento. Caráter. Personalidade. Ponto de vista médico e psicológico*. Trad. José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 1997.
- FERNANDES, Antônio Scarance, e MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro – Enfoque vitimológico. RT 653/265.
- _____. *La víctima en el proceso penal – Su régimen legal em Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zommer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A co-delinquência no direito penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- _____. *Os delitos qualificados pelo resultado no regime do Código Penal de 1940*. Dissertação de livre docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1948. 139 p.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo, e ARROYO ZAPATERO, Luis. *Lecciones de derecho penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: La Ley, 1999.
- FERREIRA, Amadeu. *Homicídio privilegiado*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.
- FERREIRA, Cláudio; FIGUEIREDO, Carlos Maurício; RAPOSO, Fernando; BRAGA, Henrique, e NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Ivette Senise. *O aborto legal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1982.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português – Parte geral*. 2. ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1982. v. 1.
- FERREIRA, Victor José Sebem, e BITENCOURT, Monique von Hertwig. *A proibição do comércio e consumo de bebidas alcoólicas em locais públicos no dia do pleito*. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/monique.htm>>.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

- FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio; RAPOSO, Fernando; BRAGA, Henrique, e NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- IORE, C. *Diritto penale – Parte generale*. Torino: Utet, 1999. v. 1.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. t. III.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – Nascimento da prisão*. 25. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FRADIMAN, James e FRAGER Robert. *Teorias da personalidade*. São Paulo: Harbra, 2002.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Alternativas da pena privativa da liberdade. *Revista de Direito Penal*, n. 29, Rio de Janeiro: Forense, jan.-jul. 1980.
- _____. *Conduta punível*. São Paulo: Bushatsky, 1963.
- _____. *Lições de direito penal – Parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1 e 2; 1959. v. 3 e 4.
- _____. *Lições de direito penal – Parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- FRANÇA, Rubens Limongi. O conceito de morte, diante do direito ao transplante e do direito hereditário. *RT* 717/ 65.
- FRANCO, Alberto Silva. Aborto por indicação eugênica. *RJTJSP* 132/9.
- _____. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.
- _____. *et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: RT, 1995.
- _____. STOCO, Rui, e MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.
- FREITAS, Gilberto Passos de, e FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de autoridade*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993.
- FREITAS, Vladimir Passos de. O crime ambiental e a pessoa jurídica. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, n. 6, 1.º semestre 1999.
- _____. e FREITAS, Gilberto Passos de. *Abuso de autoridade*. 5. ed. São Paulo: RT, 1993.
- FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito previdenciário – Aspectos materiais, processuais e penais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- FREUD, Sigmund. *Artigos sobre hipnotismo e sugestão – A psicoterapia da histeria*. Trad. José Luís Meurer e Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
- FRISCH, Wolfgang; ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd, e KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoria del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.
- GALLO, Marcello. *Il concetto unitario di colpevolezza*. Milano: Giuffrè, 1951.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.
- GARCÍAARÁN, Mercedes, e MUÑOZ CONDE, Francisco. Dos crimes contra a administração pública. *Revista Forense*, nov. 1944.
- _____. Crimes patrimoniais entre cônjuges e parentes. *Revista Forense*, v. 143, 1952.
- _____. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- _____. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980. v. 1, t. I, e 2.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ARROYO ZAPATERO, Luis, e FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Lecciones de derecho penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: La Ley, 1999.
- GARCIA, Waléria Garcelan Loma. *Arrepentimento posterior*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- GATTAZ, Wagner F. Violência e doença mental: fato ou ficção? *Folha de S. Paulo*, 7 nov. 1999, 3.º Caderno, p. 2.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *RT* 778/476.
- GLOCK, José Osvaldo; CRUZ, Flávio da (coord.); HERZMANN, Nélío; TREMEL, Rosângela, e VICCARI JUNIOR, Adauto. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOGLIANO, Daisy. Morte encefálica. *Revista de Direito Civil*, v. 63-64, ano 17, jan.-mar. 1993.
- _____. Pacientes terminais – Morte encefálica. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 23, n. 1-2, dez. 1994.
- GOMES, Geraldo. *Engenharia genética – Deontologia – Clonagem*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal – Parte geral – Introdução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Erro de tipo e erro de proibição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.
- _____. A lei formal como fonte única do direito penal (incriminador). *RT* 656/257, jun. 1990.
- _____. e BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal – Lei 10.028/2000: crimes contra as finanças públicas, crimes de responsabilidade fiscal de prefeitos, legislação na íntegra (Lei 10.028 e LC 101/2000)*. São Paulo: RT, 2001 (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 2.).
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GOMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1939. t. I.

- GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás, e SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de derecho penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: La Ley, 1999.
- GÓMEZ-JARABO, Gregorio, e ESBEK RODRÍGUEZ, Enrique. *Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad*. Madrid: Edisofer, 2000.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos, e GUILHERME, Walter de Almeida. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: CPC, 2004.
- GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal português anotado e comentado e legislação complementar*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- GONÇALVES, Odonel Urbano. *Seguridade social comentada*. São Paulo: LTr, 1997.
- GONZAGA, João Bernardino. Crimes comissivos por omissão. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- _____. *O direito penal indígena. À época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad: 1972.
- GOTI, Jaime E. Malamud. *Legítima defensa y estado de necesidad*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1977.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. *Tóxicos – Prevenção – Repressão*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRISOLIA, Giovanni. *Il reato permanente*. Padova: CEDAM, 1996.
- GUADAGNO, Gennaro. *Manuale di diritto penale – Parte generale*. 2. ed. Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1967.
- GUILHERME, Walter de Almeida, e GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: CPC, 2004.
- GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais. Estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores*. 4. ed. Riode Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- HASSEMER, Winfried, e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- HERNANDEZ, César Camargo. *El delito continuado*. Barcelona: Bosch, 1951.
- HERZMANN, Nélío; CRUZ, Flávio da (coord.); GLOCK, José Osvaldo; TREMEL, Rosângela, e VICCARI JUNIOR, Adauto. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *Las excusas absolutorias*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- HORVATH, Estevão, e OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús, e POLO RODRÍGUEZ, José Javier. *La nueva ley penal del menor*. Madrid: Colex, 2000.

- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. I e II, 2, 5, 6, 7.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. vol. 3, 8, 9.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5.
- _____. Concurso de infrações penais. *Revista Forense* 193/16, jan.-fev. 1961.
- _____. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.
- _____. Ortotanásia ou eutanásia por omissão. *RT* 221/14, mar. 1954.
- _____. LYRA, Roberto. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1938.
- ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. Exame criminológico, parecer da CTC e a nova Lei 10.792/2003. *Informe – Boletim do Sindicato dos Promotores e Procuradores de Justiça do Estado de Minas Gerais*, n. 21, fev. 2004.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thompson-Civitas, 2003.
- _____. *Derecho penal – Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. Cuello Contreras e Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *La imputación objetiva en derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1999.
- _____; FRISCH, Wolfgang; ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd, e KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal – Parte general*. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Adendo especial aos comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Código Penal anotado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Questões criminais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Lecciones de derecho penal*. Mexico: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1995.
- _____. *Principios de derecho penal – La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- _____. *Tratado de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1950. t. II.
- KÖHLER, Michael; FRISCH, Wolfgang; ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther, e SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.
- LA MEDICA, Vincenzo. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1942.
- LAFER, Celso. Racismo – o STF e o caso Ellwanger. *O Estado de S. Paulo*, 20.07.2003, Espaço Aberto, p. A2.

- _____. O STF e o racismo: o caso Ellwanger. *Folha de S. Paulo*, 30.03.2004, Tendências e Debates, p. A3.
- LEONE, Giovanni. *Del reato abituale, continuato e permanente*. Napoli: Jovene, 1933.
- LINHARES, Marcello Jardim. *Co-autoria (o concurso de pessoas do art. 29 da nova Parte Geral do Código Penal)*.
- _____. *Direito penal aplicado*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.
- _____. *Direito penal aplicado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- _____. *Estrito cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Legítima defesa*. 4. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Saraiva-Forense, 1994.
- LONGFORD, Lord. *Punishment and the punished*. London: Chapmans, 1991.
- LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Embriaguez delituosa*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- LOZANO, Carlos Blanco. *Derecho penal – Parte general*. Madrid: La Ley, 2003.
- LUISI, Luiz. Um novo conceito de legalidade penal. *Ajuris Especial*, jul. 1999, p. 110-117.
- _____. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2.
- _____. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- _____. HUNGRIA, Nelson. *Direito penal – Parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1938.
- MACHADO, Raul. *A culpa no direito penal*. 2. ed. São Paulo.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1954. v. 1.
- MALULY, Jorge Assaf. *Denúnciação caluniosa – A acusação falsa de crimes ou atos de improbidade (comentários atualizados conforme a Lei 10.028, de 19.10.2000)*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale – Parte speciale*. Padova: Cedam, 1989.
- MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. 5. ed. Atual. P. Nuvolone e G. D. Pisapia. Torino: Torinese, 1981.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1984.
- MARINUCCI, Giorgio, e DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1999. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Atual. Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1 e 4.
- _____. Os princípios constitucionais da justiça penal. *Revista Forense* 182/20, mar.-abr. 1959.
- _____. *Tratado de direito penal*. Atual. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1 e 2.

- _____. *Tratado de direito penal*. Atual. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça Alvarenga. Campinas: Millenium, 1999. v. 3 e 4.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Crimes culposos no novo Código de Trânsito. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público* 14/23, jan. 1998.
- _____. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- _____. *A pena capital e o direito à vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- _____. e FERNANDES, Antônio Scarance. Estupro – Enfoque vitimológico. *RT* 653/265.
- MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva, e STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.
- MARREY NETO, José Adriano. *Transplante de órgãos – Disposições penais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARRONE, José Marcos. *Delitos de trânsito – Aspectos penais e processuais do Código de Trânsito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1998.
- MARSICO, Alfredo de. *Delitti contro il patrimonio*. Napoli: Jovene, 1951.
- _____. *Diritto penale – Parte generale*. Napoli: Jovene, 1937.
- MARSICH, Piero. *Il delitto di falsa testimonianza*. Padova: Cedam, 1929.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*. Madrid: Tecnos, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, e NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____.; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- MARTINS, José Salgado. *Direito penal – Introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MARUOTTI, Luigi, e SANTANIELLO, Giuseppe. *Manuale di diritto penale – Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1990.
- MARZAGÃO JR., Laerte I. *Assédio sexual e seu tratamento no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MAURACH, Reinhart, e ZIPF, Heinz. *Derecho penal – Parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.
- MEDICA, Vincenzo La. *O direito de defesa*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1942.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Penalistas podem socorro ao direito civil. *Boletim do IBCCRIM* n. 73, dez. 1998, p. 6.
- _____. *Teoria dos tipos penais – Parte especial do direito penal*. São Paulo: RT, 2004.
- MEDINA, Avelino. *Distúrbios da consciência: coma*. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1984.
- MEHMERI, Adilson. *Noções básicas de direito penal – Curso completo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 7. ed. Atual. Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Dirceu de. *Aspectos penais do cheque*. São Paulo: RT, 1976.
- MENEZES, Marco Antônio, e ARAÚJO, Cláudio Th. Leotta de. Em defesa do exame criminológico. *Boletim do IBCCRIM*, n. 129, ago. 2003, p. 3.
- MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: RT, 1982.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. Crimes de trânsito têm normas gerais específicas. *A Força Policial*, n. 17, jan.-fev.-mar. 1998.
- _____. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 1996.
- _____. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994. v. 2.
- _____. *Manual de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1994. v. 3.
- _____. *Manual de direito penal – Parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.
- MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a Previdência Social*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. Imunidades parlamentares. *RT* 742/81, ago. 1997.
- MORAES, Flavio Queiroz de. *Delito de rixa*. São Paulo: Saraiva.
- _____. *Denunciação caluniosa (problemas que suscita no Código Penal vigente)*. São Paulo: Saraiva, 1944.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte especial*. 12. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- _____. *Derecho penal – Parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- _____. e HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- MUNHOZ NETO, Alcides. Causas de exclusão da culpabilidade. *Anais do Ciclo de Conferências sobre o Novo Código Penal*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1972.
- NAHUM, Marco Antonio R. *Inexigibilidade de conduta diversa. Causa supralegal. Excludente de culpabilidade*. São Paulo: RT, 2001.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do, e MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A embriaguez e outras questões penais. Doutrina, legislação, jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- NICÁS, Nuria Castelló. *El concurso de normas penales*. Granada: Editorial Comares, 2000.

- NÓBREGA, Marcos; BRAGA, Henrique; RAPOSO, Fernando; FIGUEIREDO, Carlos Maurício, e FERREIRA, Cláudio. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. Efeitos da condenação, reabilitação e medidas de segurança. *Curso sobre a reforma penal* (coord. Damásio E. de Jesus). São Paulo: Saraiva, 1985.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- NORONHA, E. Magalhães. *Do crime culposos*. São Paulo: Saraiva, 1957.
- _____. *Direito penal*. 32. ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.
- _____. *Direito penal*. 28. ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.
- _____. *Direito penal*. 22. ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.
- _____. *Direito penal*. 20. ed. Atual. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.
- _____. Questões acerca da tentativa. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Causalismo y finalismo en derecho penal*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1982.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.
- _____. Execução penal: benefícios e somatória das penas no contexto dos crimes hediondos e comuns. *Boletim IBCCRIM*, ano 12, n. 139, jun. 2004, p. 4-5.
- _____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Júri – Princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- _____. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- _____. *Roteiro prático do júri*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- NUNES, Clayton Alfredo. Execução penal: o cálculo para benefícios (crime comum x crime hediondo). *Boletim do IBCCRIM*, n 83, p. 4.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, e ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Guilherme Percival. *Estados afetivos e imputabilidade penal*. São Paulo: RT, 1958.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: RT, 2001.

- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Comentários à Lei das Contravenções Penais*. São Paulo: RT, 1994.
- _____. e HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- PAGLIARO, Antonio, e COSTA JR., Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- PALMA, João Augusto da. *Código Penal aplicado ao trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- PALOTTI JUNIOR, Osvaldo. *Aspectos principais do princípio da legalidade em direito penal*. Dissertação de mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1998.
- _____. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PASSETI, Edson, e SILVA, Roberto Baptista Dias da (org). *Conversações Abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- PATRÍCIO, Rui; VILALONGA, José Manuel; ALMEIDA, Carlota Pizarro de, e D'ALMEIDA, Luís Duarte. *Código Penal anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano – Parte generale*. 2. ed. Mexico: Porrúa, 1967.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal*. São Paulo: Leud, 1993.
- PENNA, Antonio Gomes. *Introdução à motivação e emoção*. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- PEREIRA, Marcelo Matias. *Sursis profilático*. *Boletim IBCCRIM*, n. 79, jun. 1999.
- PESSAGNO, Hernán A. *El delito de desacato*. Buenos Aires: Depalma, 1952.
- PETRONE, Marino. *Reato abituale*. Padova: CEDAM, 1999.
- PICELI, Eros. *Direito previdenciário e infortunistica*. São Paulo: CPC, 1999.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – Evolução histórica*. Bauru: Jalovi, 1980.
- _____. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Desafios dogmáticos da culpabilidade*. RT 761/445, mar. 1999.
- _____. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: RT, 1997.
- _____. _____. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para o Concurso de Livre-Docência de Direito Penal. São Paulo: 1959.
- _____. *A crise da administração da justiça criminal*. *Justitia*, n. 78, 1972.
- _____. *A culpabilidade na dogmática penal moderna*. *RJTJSP* 124/19.
- PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. *Breves notas sobre a embriaguez ao volante de veículos automotores*. *Revista do Advogado* 53/18, out. 1998.

- _____. e RIBEIRO, Dorival. *Código Nacional de Trânsito anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. *Revista de cultura IMAE*, ano 5, n. 12, jul.-dez. 2004, p. 63.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.
- _____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1 e 2.
- _____. *Teoria geral do Estado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.
- PISAPIA, Domenico. *Reato continuato*. Napoli: Jovene, 1938.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre a novíssima execução penal das penas e das medidas de segurança. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, São Paulo, RT, jul.-set. 1999, p. 149.
- _____. Execução penal. RT 623/257, set. 1987.
- _____. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. RT 583/312, maio 1984.
- _____.; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; DOTTI, René Ariel, e REALE JR., Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- POLO RODRÍGUEZ, José Javier, e HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús. *La nueva ley penal del menor*. Madrid: Colex, 2000.
- PONTE, Antonio Carlos da. *Falso testemunho no processo*. São Paulo: Atlas, 2000.
- PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 2, 3, 4.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.
- _____. *Falso testemunho e falsa perícia*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.
- _____. e BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- PUNZO, Massimo. *Il problema della causalità materiale*. Padova: Cedam, 1951.
- QUEIJO, Maria Elizabeth, e COSTA JR., Paulo José da. *Comentários aos crimes do novo Código Nacional de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- QUEIROZ, Nancelio de. *Teoria da actio libera in causa*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1936.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- _____. *Direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva.
- _____. A teoria da imputação objetiva. *Boletim do IBCCRIM*, n. 103, jun. 2001, p. 6.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de la parte especial del derecho penal*. 2. ed. Atual. Carlos García Valdés. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1977. t. II.
- RAMPIONI, Roberto. *Contributo alla teoria del reato permanente*. Padova: CEDAM, 1988.

- RANIERI, Silvio. *Manuale di diritto penale* – Parte generale. Padova: CEDAM, 1952. v. 1.
- RAPOSO, Fernando; FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio; BRAGA, Henrique, e NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- REALE JR., Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- _____. A lei penal do mínimo esforço. *Folha de S. Paulo*, 30 nov. 1998.
- _____. *Parte geral do Código Penal* – Nova interpretação. São Paulo: RT, 1988.
- _____. *Problemas penais concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998.
- _____; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes, e PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 2.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto. *Teoría general del delito*. 2. ed. México: Porrúa, 1995.
- REZEK, J. F. *Direito internacional público* – Curso elementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RIBEIRO, Dorival, e PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. *Código Nacional de Trânsito anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RISTORI, Roberta. *Il reato continuato*. Padova: CEDAM, 1988.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito penal, parte geral*. Rio: Impetus, 2004.
- ROCHA, Maria Isabel de Matos. Transplantes de órgãos entre vivos: as mazelas da nova lei. *RT* 742/67, ago. 1997.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. A noite no direito e no processo penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. Do crime continuado. *RTJE* 33/3, jul.-ago. 1985.
- _____. *Direito penal* – Parte geral. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1995.
- ROSA, Fábio Bittencourt da. Crimes e seguridade social. *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, Brasília, abr.-jun. 1996.
- ROXIN, Claus. A culpabilidade como critério limitativo da pena. *Revista de Direito Penal*, n. 11-12, jul.-dez. 1973.
- _____. *Derecho penal* – Parte general (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito). Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. I.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

- _____. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Idemsa, 1997.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.
- _____. *Teoría del tipo penal – Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires: Depalama, 1979.
- _____; FRISCH, Wolfgang; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd, e KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 1 e 2.
- _____. *Direito penal – Parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 3 e 4.
- SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Homicídio e lesão corporal culposos no Código Penal e no Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil – Contratos*. São Paulo: Atlas, 1998.
- SANTANIELLO, Giuseppe, e MARUOTTI, Luigi. *Manuale di diritto penale – Parte generale*. Milano: Giuffrè, 1990.
- SANTORO, Arturo. *Manuale di diritto penale*. Torino: Torinese, 1958.
- SANTOS, Antonio Furtado dos. *Direito internacional penal e direito penal internacional – Aplicação da lei penal estrangeira pelo juiz nacional*. Lisboa: Petrony, 1960.
- SANTOS, José Carlos Daumas. *Princípio da legalidade na execução penal*. São Paulo: Manole & Escola Paulista da Magistratura, 2005.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. O princípio de legalidade no moderno direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 15/182.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica e a lei de transplante de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SCHULTZ, Duane, e P. SCHULTZ, Sydney Ellen. *Teorias da personalidade*. São Paulo: Thomson, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther, e KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*. Madrid: Civitas, 2000.
- SEELIG, Ernst. *Manual de criminologia*. Trad. Guilherme de Oliveira. Coimbra: Armênio Amado, 1959. v. I e II.
- SEGRE, Marco. Eutanásia: aspectos éticos e legais. *Revista da Associação Médica Brasileira* 32/141, 1986.
- SEMER, Marcelo. *Crime impossível e a proteção dos bens jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, e GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Lecciones de derecho penal – Parte general*. 2. ed. Madrid: La Ley, 1999.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. *Prestação de serviços à comunidade*. São Paulo: Saraiva, 1993.

- _____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999.
- _____; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal – Parte geral*. São Paulo: Edipro, 2000. v. I.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito penal português – Parte geral – Teoria das penas e das medidas de segurança*. Lisboa: Editorial Verbo, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Manual do vereador*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, M. Nelson da. *A embriaguez e o crime*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1968.
- SILVA, Roberto Baptista Dias da; PASSETI, Edson (org.). *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo: RT, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- _____. *Política criminal y nuevo derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.
- SILVEIRA, Alípio. A sentença indeterminada nos Estados Unidos. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- SILVEIRA, Euclides Custódio. *Direito penal – Crimes contra a pessoa*. 2. ed. Atual. Everardo da Cunha Luna. São Paulo: RT, 1973.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – Interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.
- SISCO, Luis P. *La defensa justa (Estudio doctrinario, legal y jurisprudencial sobre la legitima defensa)*. Buenos Aires: El Ateneo, 1949.
- SOARES, Ana Raquel Colares dos Santos. Eutanásia: direito de morrer ou direito de viver? In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: El Ateneo, 1940. t. I.
- SOUZA, Motaui Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SOUZA, Nelson Bernardes de. Ilícitos previdenciários: crimes sem pena? RT 730/393, ago. 1996.
- SOUZA, Percival de. *A prisão – Histórias dos homens que vivem no maior presídio do mundo*. 2. ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1976.
- SOUZA NETO, João Baptista de Mello. *Direito civil – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em Homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense, 1962.
- STOCO, Rui; MARREY, Adriano, e FRANCO, Alberto Silva. *Teoria e prática do júri*. 6. ed. rev. atual. amp. São Paulo: RT, 1997.

- STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – Símbolos e rituais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- SUCENA, Lílían Ottobrine Costa e COSTA, Mário Ottobrine. A Eutanásia não é o Direito de Matar. *RT* 263/25, set. 1957.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Responsabilidade penal sucessiva nos crimes de imprensa*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- SWENSSON, Walter. A competência do juízo da execução. In: NETO, Caetano Lagrasta; NALINI, José Renato e DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do delito – Variações e tendências*. São Paulo: RT, 1980.
- _____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. Preleção sobre o justo. *Justitia*, v. 50.
- TERRAGNI, Marco Antonio. *El delito culposo*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Teorias do dolo e teorias da culpabilidade. *RT* 566/271, dez. 1992.
- _____. *et al. Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985, dez. 1992.
- TORON, Alberto Zacharias. *Inviolabilidade penal dos vereadores*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1 e 2.
- _____. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.
- TREMEL, Rosângela; CRUZ, Flávio da (coord.); GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélío, e VICCARI JÚNIOR, Adauto. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- VALENZUELA BEJAS, Manuel, e BUSTOS RAMÍREZ, Juan (org.). *Derecho penal latinoamericano comparado – Parte generale*. Buenos Aires: Depalma, 1981. t. I.
- VALLADÃO, Haroldo. Imunidades dos agentes diplomáticos. *RT* 434/307, dez. 1971.
- VENEZIANI, Paolo. *Motivi e colpevolezza*. Torino: G. Giappichelli, 2000.
- VERGARA, Pedro. *Da legítima defesa subjetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1949.
- VIANA, Lourival Vilela. *Embriaguez no direito penal*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.
- VICCARI JÚNIOR, Adauto; CRUZ, Flávio da (coord.); GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélío, e TREMEL Rosângela. *Lei de Responsabilidade Fiscal comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- VIDAL, Hélvio Simões. *Causalidade científica no direito penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- VILALONGA, José Manuel; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; D'ALMEIDA, Luís Duarte, e PATRÍCIO, Rui. *Código Penal anotado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

- VON LISTZ, Franz. *Tratado de derecho penal*. 18. ed. Trad. Luis Jiménez de Asúa. 4. ed. Madrid: Editorial Reus, 1999. t. I a III.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- . *El nuevo sistema del derecho penal* – Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Barcelona: Ariel, 1964.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal – Parte geral – Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1988.
- e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral. São Paulo: RT, 1997.
- . ———. *Da tentativa*. 4. ed. São Paulo: RT, 1995.
- ZIPE, Heinz e MAURACH, Reinhart. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.

Códigos Penais

- Alabama Criminal Code annotated*. Virginia: The Michie Company, 1993.
- Code Pénal*. Paris: Prat, 1999.
- Código Penal – Republica de Chile*. 15. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Codice Penale e leggi complementari*. 9. ed. (Giustino Gatti, Raffaele Marino e Rossana Petrucci). Napoli: Esselibri-Simone, 1994.
- Código Penal de la Nación Argentina*. 31. ed. (Mario I. Chichizola, org.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Código Penal de Venezuela*. Caracas: Eduven, 1964.
- Código Penal alemán* (Emilio Eiranova Encinas, org.). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- Código Penal* (Angel Calderon Cerezo, org.). Barcelona: Gaceta Fiscal, 1996.
- Código Penal português*. 11. ed. (Maia Gonçalves). Coimbra: Almedina, 1997.
- Código Penal del Paraguay*. Assunción: Bibliográfica Jurídica Paraguay.

APÊNDICE

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL

3. A imunidade concedida a deputados estaduais é restrita à Justiça do Estado.

* Consultar a nota 57 ao art. 5.º.

145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

* Consultar a nota 59 ao art. 17.

146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

* Consultar a nota 20 ao art. 117.

147. A prescrição de crime falimentar começa a correr da data em que deveria estar encerrada a falência, ou do trânsito em julgado da sentença que a encerrar ou que julgar cumprida a concordata.

* Consultar a nota 76 ao art. 119.

245. A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa.

* Consultar a nota 55 ao art. 5.º.

246. Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

* Consultar a nota 57 ao art. 171.

421. Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

* Consultar a nota 90 ao art. 7.º.

422. A absolvição criminal não prejudica a medida de segurança, quando couber, ainda que importe privação da liberdade.

* Consultar a nota 6-A ao art. 97.

497. Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta

na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

* Consultar a nota 74 ao art. 119.

499. Não obsta à concessão do sursis, condenação anterior à pena de multa.

* Consultar a nota 12 ao art. 77.

554. O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

* Consultar as notas 51 ao art. 16 e 57 ao art. 171.

592. Nos crimes falimentares, aplicam-se as causas interruptivas da prescrição, previstas no Código Penal.

* Consultar a nota 76 ao art. 119.

604. A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.

* Não mais se aplica o teor dessa súmula, tendo em vista que a prescrição da pena em concreto pode dar-se no tocante à prescrição da pretensão punitiva, como se pode constatar com a prescrição retroativa. Consultar a nota 45 ao art. 110.

605. Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

* Consultar a nota 123 ao art. 71.

608. No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

* Consultar as notas 9 ao art. 101 e 13 ao art. 225.

610. Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima.

* Consultar a nota 33 ao art. 157.

611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.

* Consultar a nota 25 ao art. 2.º.

698. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

* Consultar a nota 18 ao art. 33. Vale observar que, em face da edição da Lei 11.464/2007, autorizando a progressão para todos os crimes hediondos e equiparados, essa Súmula perde a eficiência.

711. A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

* Consultar as notas 26 e 27 ao art. 2.º.

715. A pena unificada para atender ao limite de 30 (trinta) anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

* Consultar a nota 138 ao art. 75.

716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

* Consultar a nota 49 ao art. 38.

717. Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

* Consultar a nota 49-A ao art. 38.

718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

* Consultar a nota 11 ao art. 33.

719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

* Consultar a nota 12 ao art. 33.

720. O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres.

* Consultar a nota 107 ao art. 12.

722. São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

* Consultar a nota 11 ao art. 1.º.

723. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) for superior a 1 (um) ano.

* Consultar a nota 127-A ao art. 71.

SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL

9. O disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

* Consultar a nota 52 ao art. 39.

11. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

**SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
EM MATÉRIA PENAL**

17. Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.

* Consultar a nota 12 ao art. 171.

18. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

* Consultar a nota 30 ao art. 107.

24. Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da Previdência Social, a qualificadora do § 3.º do art. 171 do Código Penal.

* Consultar a nota 67 ao art. 171.

40. Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.

* Consultar a nota 40 ao art. 35, § 2.º.

74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

* Consultar a nota 78 ao art. 65.

96. O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida.

* Consultar a nota 41 ao art. 158.

174. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena.

* Súmula cancelada pela Terceira Seção, na sessão de 24.10.2001 (DJU de 06.11.2001 em vigor desde a publicação).

* Consultar a nota 21 ao art. 157.

191. A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime.

* Consultar a nota 65 ao art. 117.

220. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

* Consultar a nota 41 ao art. 110.

241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

* Consultar a nota 6 ao art. 59.

269. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

* Consultar a nota 30-A ao art. 33.

341. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semi-aberto.

* Consultar a nota 55-A ao art. 39.

A

ABANDONO COLETIVO DE TRABALHO

caracterização: arts. 200 e 201

ABANDONO DE ANIMAIS

em propriedade alheia: art. 164

ABANDONO DE FUNÇÃO

art. 323

com prejuízo público: art. 323, § 1.º

em faixa de fronteira: art. 323, § 2.º

ABANDONO DE INCAPAZ

art. 133

vítima maior de sessenta anos: art. 133, § 3.º, III

ABANDONO DE RECÉM-NASCIDO

art. 134

ABANDONO INTELECTUAL

art. 246

ABANDONO MATERIAL

art. 244

ABANDONO MORAL

art. 247

ABERRATIO DELICTI

art. 74

ABERRATIO ICTUS

art. 73

ABOLICIONISMO PENAL

nota 2-A, Tít. V

ABORTO

Vide, também, CRIMES CONTRA A VIDA

auto-aborto; ou aborto consentido: art. 124

caso de estupro; legal: art. 128, II

consentido pela gestante: arts. 126 e 127

necessário: art. 128, I

praticado por médico: art. 128

provocado por terceiro: arts. 125 e 127

qualificado: art. 127

resultante de lesão corporal: art. 129, § 3.º

ABUSO DE AUTORIDADE

agravante da pena: art. 61, II, f

ABUSO DE CONFIANÇA

crime de furto: art. 155, § 4.º, II

ABUSO DE INCAPAZ

art. 173

ABUSO DE PODER

agravação da pena: art. 61, II, g

exercício arbitrário ou: art. 350

perda de cargo, função ou mandato eletivo:

art. 92, I

AÇÃO

Vide CONDUTA

AÇÃO EM CURTO-CIRCUITO

Vide CONDUTA

AÇÃO PENAL

arts. 100 a 106

crime complexo: art. 101

classificação: art. 100
decadência do direito de queixa ou de representação: art. 103
do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão: art. 100, § 4.º
e concurso de crimes: art. 101
indivisibilidade: art. 106, I
irretratabilidade da representação: art. 102
perdão; alcance: art. 106
perdão; inadmissibilidade: art. 106, § 2.º
perdão do ofendido: arts. 105, 106 e 107, V
perdão tácito; conceito: art. 106, § 1.º
prescrição: art. 109
privada: art. 100, §§ 2.º a 4.º
privada; como será promovida: art. 100, § 2.º
privada; subsidiária: art. 100, § 3.º
pública; quem a promove: art. 100, § 1.º
pública; ressalva: art. 100
pública condicionada e incondicionada: art. 100, § 1.º
pública incondicionada: art. 186, II e III
renúncia expressa ou tácita do direito de queixa: art. 104

AÇÃO PENAL PRIVADA

crime de dano: art. 167
crime de esbulho possessório: art. 161, § 3.º
crime de exercício arbitrário das próprias razões: art. 345, parágrafo único
crime de fraude à execução: art. 179, parágrafo único
crime de induzimento ou ocultação a erro essencial: art. 236, parágrafo único
crime de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia: art. 167
crimes contra a honra: art. 145
crimes contra os costumes: art. 225

AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

crime de ameaça: art. 147, parágrafo único
crime de furto de coisa comum: art. 156, § 1.º

crime de perigo de contágio venéreo: art. 130, § 2.º
crimes contra a honra: art. 145, parágrafo único
crimes contra a inviolabilidade de correspondência: arts. 151, § 4.º, e 152, parágrafo único
crimes contra a inviolabilidade dos segredos: arts. 153, § 1.º, e 154, parágrafo único
crimes contra o patrimônio: arts. 182 e 183
crimes contra a propriedade intelectual: art. 186, IV

ACIDENTE DE TRÂNSITO

pena: arts. 47, III, e 57

ACIONISTA

negociação de voto; pena: art. 177, § 2.º

AÇÕES

cotação falsa: art. 177, § 1.º, II
de sociedade; caução ou penhor: art. 177, § 1.º, V
de sociedade; compra e venda: art. 177, § 1.º, IV
equiparação a documento público: art. 297, § 2.º

ACUSAÇÃO FALSA

auto: art. 341

ADEQUAÇÃO SOCIAL, PRINCÍPIO DA

art. 14 (Vide Outras classificações do tipo penal): notas 27, alínea h; 27-A.

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

crimes contra a: arts. 338 a 359

ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES PORAÇÕES

fraudes e abusos na: art. 177 e §§ 1.º e 2.º

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- crimes contra a administração da justiça: arts. 338 a 359
- crimes contra a administração pública: arts. 312 a 359
- crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: arts. 312 a 327
- crimes praticados por particular contra a administração em geral: arts. 328 a 337

ADULTERAÇÃO

- de alimento: art. 272
- de selo ou peça filatélica: art. 303
- de sinal identificador de veículo automotor: art. 311
- na escrituração do Livro de Registro de Duplicatas: art. 172, parágrafo único

ADVOCACIA ADMINISTRATIVA

- art. 321

ADVOGADO

- imunidade judiciária: art. 142, I
- patrocínio infiel: art. 355
- sonegação de papel ou objeto de valor probatório: art. 356

AERÓDROMO

- incêndio ou explosão em: arts. 250, § 1.º, II, d, e 251, § 2.º

AERONAVES BRASILEIRAS

- crimes cometidos em: art. 7.º, II, c
- extensão do território nacional: art. 5.º, § 1.º
- incêndio ou explosão em: arts. 250, § 1.º, II, c, e 251, § 2.º

AERONAVES ESTRANGEIRAS

- crimes cometidos em: art. 5.º, § 2.º
- incêndio ou explosão: arts. 250, § 1.º, II, c, e 251, § 2.º

ÁGUA

- envenenada; depósito: art. 270, § 1.º
- potável; corrupção ou poluição: art. 271
- potável; corrupção ou poluição; crime culposos: art. 271, parágrafo único
- potável; envenenamento: art. 270
- potável; envenenamento; crime culposos: art. 270, § 2.º
- usurpação de: art. 161, §§ 1.º, I, 2.º e 3.º

AIDS

- Vide arts. 121, nota 38-A; 130, nota 16; 131, nota 24.

ALICIAMENTO DE TRABALHADORES

- de um local para outro do território nacional: art. 207
- para o fim de emigração: art. 206

ALIMENTO

- adulteração: art. 272
- alteração de: art. 273
- alteração; crime culposos: art. 273, § 2.º
- alterado; venda, exposição à venda, depósito: art. 273, § 1.º-A
- bebidas; falsificação: art. 272, § 1.º
- corrompido; venda, exposição à venda, depósito: art. 272, § 1.º-A
- corrupção, adulteração ou falsificação: art. 272
- corrupção, adulteração ou falsificação; crime culposos: art. 272, § 2.º
- envenenamento de: art. 270
- envenenamento de; crime culposos: art. 270, § 2.º
- não-pagamento de pensão alimentícia: art. 244

AMEAÇA

- art. 147

ANALOGIA

- utilização: art. 1.º

ANIMAIS

abandono em propriedade alheia: art. 164
introdução em propriedade alheia: art. 164
supressão ou alteração de marcas em: art. 162

ANISTIA

extinção da punibilidade: art. 107, II

ANTERIORIDADE DA LEI

princípio: art. 1.º

APLICAÇÃO DA LEI PENAL

arts. 1.º a 12
anterioridade da lei: art. 1.º
contagem de prazo: art. 10
eficácia de sentença estrangeira: art. 9.º
extraterritorialidade: art. 7.º
frações não computáveis da pena: art. 11
legislação especial: art. 12
lei excepcional ou temporária: art. 3.º
lei penal no tempo: art. 2.º
lugar do crime: art. 6.º
pena cumprida no estrangeiro: art. 8.º
tempo do crime: art. 4.º
territorialidade: art. 5.º

APLICAÇÃO DA PENA

arts. 59 a 76

APOLOGIA DE CRIME

art. 287

APOLOGIA DE CRIMINOSO

art. 287

APOSTA

induzimento à: art. 174

APROPRIAÇÃO

Vide APROPRIAÇÃO INDÉBITA

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

arts. 168 a 170
aplicação do art. 155, § 2.º: art. 170
apropriação de coisa achada: art. 169, II
apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza: art. 169
apropriação de tesouro: art. 169, I
aumento de pena; casos: art. 168, § 1.º
isenção de pena: art. 181
isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
previdenciária: art. 168-A
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

ARMA

Vide EMPREGO DE ARMA

ARREBATAMENTO

de preso: art. 353

ARREMATAÇÃO JUDICIAL

violência ou fraude em: art. 358

ARREMESSO DE PROJÉTIL

art. 264
lesão corporal ou morte: art. 264, parágrafo único

ARREPENDIMENTO

atenuação da pena: art. 65, III, *b*
eficaz: art. 15
posterior; diminuição da pena: art. 16

ASCENDENTE

ação penal: art. 100, § 4.º
crime contra o: art. 61, II, *e*
crime contra o patrimônio; caso de imunidade penal: art. 181, II
crime contra os costumes: art. 226, II
crime de favorecimento pessoal; caso de imunidade penal: art. 348, § 2.º

crime de lenocínio e tráfico de pessoas: arts. 227, § 1.º, 228, § 1.º, 230, § 1.º, e 231, § 1.º

crime de seqüestro e cárcere privado: art. 148, § 1.º, I

ASFIXIA

art. 121, § 2.º, III

ASFIXIANTE – GÁS

aquisição de: art. 253

fabrico de: art. 253

fornecimento de: art. 253

posse de: art. 253

transporte de: art. 253

uso de: art. 252

uso de; crime culposo: art. 252, parágrafo único

ASSÉDIO SEXUAL

art. 216-A

ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Vide, também, CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

crimes contra a: arts. 244 a 247

ASSOCIAÇÃO

crimes contra a liberdade de: art. 199

ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA

art. 359-C

ATENTADO

Vide, também, ATENTADO AO PUDOR

contra a liberdade de associação: art. 199

contra a liberdade de contrato de trabalho: art. 198

contra a liberdade de trabalho: art. 197

contra a segurança de outro meio de transporte: art. 262

contra a segurança de outro meio de transporte; culpa: art. 262, § 2.º

contra a segurança de outro meio de transporte; desastre como resultado: art. 262, § 1.º

contra a segurança de serviço de utilidade pública: art. 265

contra a segurança de serviço de utilidade pública; subtração de material: art. 265, parágrafo único

contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo: art. 261

ATENTADO AO PUDOR

ação penal: art. 225

mediante fraude: art. 216

mediante fraude; ofendida menor de 18 e maior de 14 anos: art. 216, parágrafo único

violento: art. 214

ATESTADO

Vide, também, ATESTADO MÉDICO FALSO

falsidade material: art. 301, § 1.º

falsidade material com o fim de lucro: art. 301, § 2.º

médico falso: art. 302

médico falso; com o fim de lucro: art. 302, parágrafo único

ATESTADO MÉDICO FALSO

art. 302

com o fim de lucro: art. 302, parágrafo único

ATO LEGAL

oposição a: art. 329

ATO OBSCENO

art. 233

AUMENTO DE DESPESA TOTAL COM PESSOAL NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA

art. 359-G

AUTO-ABORTO

art. 124

AUTO-ACUSAÇÃO

falsa: art. 341

B**BAGATELA, CRIME DE**

Vide INSIGNIFICÂNCIA, PRINCÍPIO DA.

BANDO

art. 288

armado: art. 288, parágrafo único

denúncia do; redução de pena: art. 159, § 4.º

extorsão mediante seqüestro; qualificadoras:
art. 159, § 1.º

BIGAMIA

art. 235

casamento; inexistência de crime: art. 235,
§ 2.º

casamento com pessoa casada: art. 235, § 1.º

BOICOTE AO TRABALHO

art. 198

C**CADÁVER**

destruição, subtração ou ocultação de: art.
211

vilipêndio de: art. 212

CADERNETA DE DEPÓSITO

de Caixa Econômica; falsificação: art. 293,
IV

CADERNETA DE RESERVISTA

uso criminoso: art. 308

CALAMIDADE PÚBLICA

prática de crime por ocasião de: art. 61, II, j

CALÚNIA

art. 138

ação penal: art. 145

aumento de pena; crime cometido na presença
de várias pessoas ou por meio que facilite
a divulgação: art. 141, III

aumento de pena; crime contra funcioná-
rio público em razão de suas funções: art.
141, II

aumento de pena; crime contra pessoa maior de
sessenta anos ou portadora de deficiência:
art. 141, IV

aumento de pena; crimes contra o Presidente da
República ou chefe de governo estrangeiro:
art. 141, I

contra mortos: art. 138, § 2.º

disposições comuns: arts. 141 a 145

divulgação de falsa imputação: art. 138,
§ 1.º

exceção da verdade: art. 138, § 3.º

retratação: arts. 143 e 144

CÁRCERE PRIVADO

art. 148

qualificadoras; vítima ascendente, descen-
dente, cônjuge do agente ou maior de ses-
senta anos: art. 148, § 1.º, I

CASA

alcance da expressão: art. 150, *caput*, §§ 4.º
e 5.º

CASA DE PROSTITUIÇÃO

Vide, também, PROSTITUIÇÃO

manutenção: art. 229

menor de 18 anos; residência ou trabalho em:
art. 247, III

CASAMENTO

Vide, também, CRIMES CONTRA O CASA-
MENTO

crimes contra o: arts. 235 a 240

CAUSALIDADE ADEQUADA, TEORIA DA

Vide NEXO CAUSAL

CERIMÔNIA FUNERÁRIA

impedimento ou perturbação de: art. 209

CERIMÔNIA RELIGIOSA

impedimento ou perturbação: art. 208

CERTIDÃO

falsa: art. 301

CHARLATANISMO

art. 283

CHEFE DE GOVERNO ESTRANGEIRO

crime contra a honra de: arts. 138, § 3.º, II, 141, I, e 145, parágrafo único

CHEQUE

sem provisão de fundos: art. 171, § 2.º, VI

CINZAS

vilipêndio de: art. 212

CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

Vide CRIME(S)

COAÇÃO

impeditiva de suicídio: art. 146, § 3.º, II

irresistível: art. 22

no curso do processo: art. 344

resistível; circunstância: art. 65, III, c

CO-AUTORIA

art. 29

agravantes aplicáveis: art. 62

impunibilidade: art. 31

COISA ACHADA

apropriação: art. 169, II

COISA ALHEIA

apropriação indevida: art. 168

disposição como própria: art. 171, § 2.º, I, e § 3.º

COISA HAVIDA POR ERRO, CASO FORTUITO OU FORÇA DA NATUREZA

apropriação: art. 169

COISA PRÓPRIA

tirar, suprimir, destruir ou danificar: art. 346

COMÉRCIO

fraude no: art. 175

COMINAÇÃO DAS PENAS

arts. 53 a 58

COMUNICAÇÃO

crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços: arts. 260 a 266

COMUNICAÇÃO FALSA

de crime ou contravenção: art. 340

COMUNICAÇÃO RADIOELÉTRICA

violação de: art. 151, § 1.º, II

COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA

violação de: art. 151, § 1.º, II

CONCAUSA

Vide NEXO CAUSAL

CONCORRÊNCIA

fraude, impedimento e perturbação: art. 335

violação de proposta de: art. 326

CONCURSO

crime cometido em; denúncia por concorrente; redução da pena: art. 159, § 4.º

de crimes: arts. 69 e 70

CONCURSO DE PESSOAS

arts. 29 a 31
agravante de pena: art. 62
autoria colateral: art. 29, § 2.º
autoria incerta: art. 29, § 2.º
autoria mediata: art. 29, § 2.º
casos de impunibilidade: art. 31
circunstâncias incommunicáveis: art. 30
conceito: art. 29
convivência: art. 29, § 2.º
cooperação dolosamente distinta: art. 29, § 2.º
cumplicidade: art. 29, § 2.º
domínio do fato, teoria do: art. 29
participação: art. 29
participação de menor importância: art. 29, § 1.º

CONCURSO FORMAL

art. 70

CONCURSO MATERIAL

art. 69

CONCUSSÃO

art. 316

CONDENAÇÃO

efeitos da: arts. 91 e 92

CONDESCENDÊNCIA CRIMINOSA

art. 320

CONDIÇÃO NEGATIVA DE PUNIBILIDADE

art. 107

CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE

art. 107

CONDICIONAL

Vide LIVRAMENTO CONDICIONAL

CONDUTA

conceito: art. 13
ação em curto-circuito: art. 13

CONFISCO

instrumentos e produtos do crime: art. 91, II

CONFISSÃO

espontânea: atenuante: art. 65, III, d

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

art. 12

CONHECIMENTO DE DEPÓSITO OU WARRANT

emissão irregular: art. 178

CÔNJUGE

abandono de incapaz: art. 133, § 3.º, II
ação privada; oferecimento de queixa ou prosseguimento: art. 100, § 4.º
crime contra; circunstância agravante genérica: art. 61, II, e
crime contra o patrimônio: art. 181, I
de criminoso; prestação de favorecimento pessoal: art. 348, § 2.º
separado ou desquitado; crime contra o patrimônio: art. 182, I
sequestro ou cárcere privado; qualificadora: art. 148, § 1.º, I

CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Vide EXCLUDENTE SUPRALEGAL DE ILICITUDE

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

art. 146

CONTÁGIO

perigo de contágio venéreo: art. 130
perigo de moléstia grave: art. 131

CONTRABANDO

facilitação de: art. 318

CONTRABANDO OU DESCAMINHO

art. 334

CONTRATAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO

art. 359-A

CONTRAVENÇÃO

comunicação falsa de: art. 340

concurso: art. 76

falsa imputação: art. 339, § 2.º

CONVENÇÃO: conceito

art. 5.º

COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

Vide CONCURSO DE PESSOAS

Vide TRATADO

CORRESPONDÊNCIA

comercial: art. 152

crimes contra a inviolabilidade de: arts. 151 e 152

destruição: art. 151, § 1.º

sonegação: art. 151, § 1.º

violação: art. 151

CORRESPONDÊNCIA COMERCIAL

desvio, sonegação, subtração, supressão ou exposição do conteúdo: art. 152

CORRUPÇÃO

de água potável: art. 271

de alimento ou medicamento: art. 272

CORRUPÇÃO ATIVA

art. 333

de perito: art. 343

de testemunha: art. 343

transação comercial internacional: art. 337-B

CORRUPÇÃO DE MENORES

art. 218

ação penal: art. 225

aumento de pena: art. 226

disposições gerais: arts. 223 a 226

CORRUPÇÃO PASSIVA

art. 317

COSTUMES

Vide, também, CRIMES CONTRA OS COSTUMES

crimes contra os: arts. 213 a 234

CRIANÇA

crime contra; agravação da pena: art. 61, II, *h*

extraviada ou abandonada; omissão de socorro: art. 135

CRIME(S)

arts. 13 a 25

ação penal: art. 100

agente; tentativa de evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências; atenuante da pena: art. 65, III, *b*

agravação pelo resultado: art. 19

apologia: art. 287

arrependimento eficaz: art. 15

arrependimento posterior: art. 16

classificação: Título II (Do Crime), nota 5

coação irresistível e obediência hierárquica: art. 22

cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; agravação da pena: art. 61, II, *c*

cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; agravação da pena: art. 61, II, *f*

cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; agravação da pena: art. 61, II, *d*

- cometido contra ascendente descendente, irmão ou cônjuge; agravação da pena: art. 61, II, *e*
- cometido contra criança, velho, enfermo e mulher grávida; agravação da pena: art. 61, II, *h*
- cometido em cumprimento de ordem de autoridade superior; atenuante da pena: art. 65, III, *c*
- cometido em estado de embriaguez preordenada; agravação da pena: art. 61, II, *l*
- cometido em ocasião de incêndio, naufrágio ou inundação ou qualquer calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido; agravação da pena: art. 61, II, *j*
- cometido fora do território brasileiro: art. 7.º
- cometido para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime; agravante da pena: art. 61, II, *b*
- cometido por motivo de relevante valor social ou moral; atenuante da pena: art. 65, III, *a*
- cometido por motivo fútil ou torpe; agravação da pena: art. 61, II, *a*
- cometido quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; agravação da pena: art. 61, II, *i*
- cometido sob coação; atenuante da pena: art. 65, III, *c*
- cometido sob coação irresistível ou por obediência hierárquica: art. 22
- cometido sob influência de multidão em tumulto; atenuante da pena: art. 65, III, *e*
- cometido sob influência de violenta emoção; atenuante da pena: art. 65, III, *c*
- comissivo: Título II (Do Crime), nota 5
- complexo: art. 101
- comum: Título II (Do Crime), nota 5
- comunicação falsa de: art. 340
- conceito: Título II (Do Crime), nota 1
- confissão da autoria; atenuante da pena: art. 65, III, *d*
- consumado: art. 14, I
- contravenção penal, diferenças: Título II (Do Crime), nota 3
- culposo: art. 18, II
- discriminantes putativas: art. 20, § 1.º
- doloso: art. 18, I
- erro determinado por terceiro: art. 20, § 2.º
- erro evitável: art. 21, parágrafo único
- erro na execução: arts. 73 e 74
- erro sobre a ilicitude do fato: art. 21
- erro sobre a pessoa: art. 20, § 3.º
- erro sobre elementos do tipo: art. 20
- estado de necessidade: art. 24
- excesso punível: art. 23, parágrafo único
- exclusão da ilicitude: art. 23
- forma livre, de: Título II (Do Crime), nota 5
- forma vinculada, de: Título II (Do Crime), nota 5
- formal: Título II (Do Crime), nota 5
- habitual: Título II (Do Crime), nota 5
- impossível: art. 17
- incitação: art. 286
- instantâneo: Título II (Do Crime), nota 5
- isenção ou redução da pena; incapacidade do agente: art. 26
- legítima defesa: art. 25
- lugar: art. 6.º
- material: Título II (Do Crime), nota 1
- mera conduta: Título II (Do Crime), nota 5
- objetos do: Título II (Do Crime), nota 4
- omissivo: Título II (Do Crime), nota 5
- pena de tentativa: art. 14, parágrafo único
- permanente: Título II (Do Crime), nota 5
- plurissubjetivo: Título II (Do Crime), nota 5
- plurissubsistente: Título II (Do Crime), nota 5
- pressuposto; extinção da punibilidade: art. 108
- progressivo: Título II (Do Crime), nota 5
- próprio: Título II (Do Crime), nota 5
- reincidência; agravação da pena: art. 61, I
- relação de causalidade: art. 13
- relevância da omissão: art. 13, § 2.º
- remetido: Título II (Do Crime), nota 5
- sujeitos do: Título II (Do Crime), nota 4
- superveniência de causa independente: art. 13, § 1.º

tentado: art. 14, II
tempo do crime: momento da consumação:
art. 4.º
unissubjetivo: Título II (Do Crime), nota 5
unissubsistente: Título II (Do Crime), nota 5
vago: Título II (Do Crime), nota 5

CRIME COMPLEXO

art. 101

CRIME IMPOSSÍVEL

art. 17

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

arts. 338 a 359
arrebatamento de preso: art. 353
auto-acusação falsa: art. 341
coação no curso do processo: art. 344
comunicação falsa de crime ou de contravenção: art. 340
denunciação caluniosa: art. 339
desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito: art. 359
evasão mediante violência contra a pessoa: art. 352
exercício arbitrário das próprias razões: art. 345
exercício arbitrário ou abuso de poder: art. 350
exploração de prestígio: art. 357
falsa perícia: art. 342
falso testemunho: art. 342
favorecimento pessoal: art. 348 e §§ 1.º e 2.º
favorecimento real: art. 349
fraude processual: art. 347
fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança: art. 351
patrocínio infiel: art. 355
patrocínio simultâneo ou tergiversação: art. 355, parágrafo único
promessa de vantagem a testemunha, perito, tradutor ou intérprete: art. 343
reingresso de estrangeiro expulso: art. 338

sonegação de papel ou objeto de valor probatório: art. 356
tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria: art. 346
violência ou fraude em arrematação judicial: art. 358

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

arts. 312 a 359
crimes contra a administração da justiça: arts. 338 a 359
crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: arts. 312 a 327
crimes praticados por particular contra a administração em geral: arts. 328 a 337-A

CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTRANGEIRA

arts. 337-B a 337-D
corrupção ativa em transação comercial: art. 337-B
funcionário público: art. 337-D
tráfico de influência; transação comercial: art. 337-C

CRIMES CONTRA A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

arts. 244 a 247
abandono intelectual: art. 246
abandono material: art. 244
entrega de filho menor a pessoa inidônea: art. 245 e §§ 1.º e 2.º
entrega de filho menor a pessoa inidônea; envio para exterior: art. 245
entrega de filho menor a pessoa inidônea; intenção de lucro: art. 245, § 1.º, *in fine*
menor de 18 anos; frequência de casa de jogo ou mal-afamada, ou convivência com pessoa viciosa ou de má vida: art. 247, I
menor de 18 anos; frequência de espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor: art. 247, II
menor de 18 anos; mendicância: art. 247, IV

menor de 18 anos; residência e trabalho em casa de prostituição: art. 247, III
 pensão alimentícia; falta de pagamento: art. 244, parágrafo único

CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

arts. 235 a 249
 crimes contra a assistência familiar: arts. 244 a 247
 crimes contra o casamento: arts. 235 a 240
 crimes contra o estado de filiação: arts. 241 a 243
 crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela: arts. 248 e 249

CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

arts. 289 a 311
 falsidade de títulos e outros papéis públicos: arts. 293 a 295
 falsidade documental: arts. 296 a 305
 falsidades; outras: arts. 306 a 311
 moeda falsa: arts. 289 a 292

CRIMES CONTRA A HONRA

arts. 138 a 145
 calúnia: art. 138
 calúnia; aumento de pena; crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação: art. 141, III
 calúnia; aumento de pena; crime contra funcionário público em razão de suas funções: art. 141, II
 calúnia; aumento de pena; crime contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência: art. 141, IV
 calúnia; aumento de pena; crimes contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro: art. 141, I
 calúnia; aumento de pena: art. 141 e parágrafo único
 calúnia; retratação: arts. 143 e 144
 difamação: art. 139

difamação; aumento de pena; crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação: art. 141, III

difamação; aumento de pena; crime contra funcionário público em razão de suas funções: art. 141, II

difamação; aumento de pena; crime contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência: art. 141, IV

difamação; aumento de pena; crimes contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro: art. 141, I

difamação; aumento de pena: art. 141 e parágrafo único

difamação; exclusão do crime: art. 142 e parágrafo único

difamação; retratação: arts. 143 e 144

exceção da verdade: art. 139, parágrafo único

injúria: art. 140

injúria; aumento de pena; crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação: art. 141, III

injúria; aumento de pena; crime contra funcionário público em razão de suas funções: art. 141, II

injúria; aumento de pena; crime contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência: art. 141, IV

injúria; aumento de pena; crimes contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro: art. 141, I

injúria; aumento de pena: art. 141 e parágrafo único

injúria; exclusão do crime: art. 142 e parágrafo único

injúria; retratação: arts. 143 e 144

queixa: art. 145

retratação: arts. 143 e 144

CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

arts. 250 a 285
 crimes contra a saúde pública: arts. 267 a 285

crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços: arts. 260 a 266

crimes de perigo comum: arts. 250 a 259

CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

arts. 151 e 152

correspondência comercial; desvio, sonegação, subtração, supressão ou exposição do conteúdo: art. 152

destruição de correspondência: art. 151, § 1.º

sonegação de correspondência: art. 151, § 1.º

violação de comunicação radioelétrica: art. 151, § 1.º, II

violação de comunicação telefônica: art. 151, § 1.º, II

violação de comunicação telegráfica: art. 151, § 1.º, II

violação de correspondência: art. 151

CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

art. 150

casa; alcance da expressão: art. 150, §§ 4.º e 5.º

CRIMES CONTRA A INVIOABILIDADE DOS SEGREDOS

arts. 153 e 154

divulgação de segredo: art. 153

violação de segredo profissional: art. 154

CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL

arts. 146 a 154

crimes contra a inviolabilidade de correspondência: arts. 151 e 152

crimes contra a inviolabilidade do domicílio: art. 150

crimes contra a inviolabilidade dos segredos: arts. 153 e 154

crimes contra a liberdade pessoal: arts. 146 a 149

CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL

arts. 146 a 149

ameaça: art. 147

constrangimento ilegal: art. 146

redução a condição análoga à de escravo: art. 149

seqüestro e cárcere privado: art. 148

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

arts. 213 a 216-A

assédio sexual: art. 216-A

atentado ao pudor mediante fraude: art. 216

atentado ao pudor mediante fraude; ofendida menor de 18 e maior de 14 anos: art. 216, parágrafo único

atentado violento ao pudor: art. 214

atentado violento ao pudor; ação penal: art. 225

atentado violento ao pudor; aumento de pena: art. 226

estupro: art. 213

estupro; ação penal: art. 225

estupro; aumento de pena: art. 226

posse sexual mediante fraude: art. 215

posse sexual mediante fraude; ação penal: art. 225

posse sexual mediante fraude; aumento de pena: art. 226

posse sexual mediante fraude; mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos: art. 215, parágrafo único

CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

arts. 197 a 207

aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional: art. 207

aliciamento para o fim de emigração: art. 206

atentado contra a liberdade: art. 197

atentado contra a liberdade de associação: art. 199

atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e de boicotagem violenta: art. 198

exercício de atividade com infração de decisão administrativa: art. 205

frustração de direito assegurado por lei trabalhista: art. 203

frustração de lei sobre nacionalização do trabalho: art. 204

invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; sabotagem: art. 202

paralisação de trabalho de interesse coletivo: art. 201

paralisação de trabalho seguida de violência ou perturbação da ordem: art. 200

CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

arts. 286 a 288

apologia de crime ou criminoso: art. 287

incitação ao crime: art. 286

quadrilha ou bando: art. 288

quadrilha ou bando; armados: art. 288, parágrafo único

CRIMES CONTRA A PESSOA

arts. 121 a 154

crimes contra a honra: arts. 138 a 145

crimes contra a inviolabilidade de correspondência: arts. 151 e 152

crimes contra a inviolabilidade do domicílio: art. 150

crimes contra a inviolabilidade dos segredos: arts. 153 e 154

crimes contra a liberdade individual: arts. 146 a 154

crimes contra a liberdade pessoal: arts. 146 a 149

crimes contra a vida: arts. 121 a 128

lesões corporais: art. 129

periclituação da vida e da saúde: arts. 130 a 136

rixa: art. 137

CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL

arts. 184 a 186

violação de direito autoral: art. 184

violação de direito autoral; qualificadoras: 184, §§ 1.º a 3.º

CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL

arts. 184 a 186

violação de direito autoral: art. 184

violação de direito autoral; qualificadoras: 184, §§ 1.º a 3.º

CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

arts. 267 a 285

água ou substância envenenada em depósito: art. 270, § 1.º

alteração de substância alimentícia ou medicinal: art. 273

alteração de substância alimentícia ou medicinal; crime culposos: art. 273, § 2.º

charlatanismo: art. 283

corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal: art. 272

corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal; crime culposos: art. 270, § 2.º

corrupção ou poluição de água potável: art. 271

corrupção ou poluição de água potável; crime culposos: art. 271, parágrafo único

curandeirismo: art. 284

curandeirismo; prática mediante remuneração: art. 284, parágrafo único

emprego de processo proibido ou de substância não permitida: arts. 274 e 276

envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal: art. 270

envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal; crime culposos: art. 270, § 2.º

epidemia: art. 267

epidemia com resultado morte: art. 267, § 1.º

epidemia; culpa: art. 267, § 2.º

exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica: art. 282

exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica; com o fim de lucro: art. 282, parágrafo único

infração de medida sanitária preventiva: art. 268

infração de medida sanitária preventiva; caso de aumento de pena: art. 268, parágrafo único

invólucro ou recipiente com falsa indicação: arts. 275 e 276

medicamento em desacordo com receita médica: art. 280

medicamento em desacordo com receita médica; crime culposo: art. 280, parágrafo único

omissão de notificação de doença: art. 269

outras substâncias nocivas à saúde pública: art. 278

substância alimentícia ou medicinal alterada; venda, exposição à venda, depósito: art. 273, § 1.º

substância alimentícia ou medicinal corrompida; venda, exposição à venda, depósito: art. 272, § 1.º

substância destinada à falsificação: art. 277

substâncias nocivas à saúde; modalidade culposa: art. 278, parágrafo único

CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

arts. 260 a 266

arremesso de projétil: art. 264

arremesso de projétil; lesão corporal ou morte: art. 264, parágrafo único

atentado contra a segurança de outro meio de transporte: art. 262

atentado contra a segurança de outro meio de transporte; culpa: art. 262, § 2.º

atentado contra a segurança de outro meio de transporte; desastre como resultado: art. 262, § 1.º

atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública: art. 265

atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública; subtração de material: art. 265, parágrafo único

atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo: art. 261

desastre ferroviário; culpa: art. 260, § 2.º

desastre ferroviário; lesão corporal ou morte: art. 263

estrada de ferro; conceito: art. 260, § 3.º

interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico: art. 266

interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico; por ocasião de calamidade pública: art. 266, parágrafo único

perigo de desastre ferroviário: art. 260

sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo: art. 261, § 1.º

sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo; lesão corporal ou morte: art. 263

sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo; modalidade culposa: art. 261, § 3.º

sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo; prática do crime com o fim de lucro: art. 261, § 2.º

CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

arts. 359-A a 359-H

CRIMES CONTRA A VIDA

arts. 121 a 128

aborto necessário: art. 128, I

aborto no caso de gravidez resultante de estupro: art. 128, II

aborto praticado por médico: art. 128

aborto provocado (por terceiro) com consentimento da gestante: arts. 126 e 127

aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: art. 124

aborto provocado por terceiro: arts. 125 e 127

homicídio culposo: arts. 121, § 3.º

homicídio culposo com aumento de pena: art. 121, § 4.º

homicídio qualificado: art. 121, § 2.º

homicídio simples: art. 121

homicídio simples com diminuição de pena: art. 121, § 1.º

induzimento, instigação ou auxílio a suicídio: art. 122 e parágrafo único

infanticídio: art. 123

perdão judicial no homicídio: art. 121, § 5.º

CRIMES CONTRA O CASAMENTO

arts. 235 a 239

bigamia: art. 235

casamento; inexistência de crime: art. 235, § 2.º

casamento com pessoa casada: art. 235, § 1.º

conhecimento prévio de impedimento: art. 237

induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento: art. 236

induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento; ação penal: art. 236, parágrafo único

simulação de autoridade para celebração de casamento: art. 238

simulação de casamento: art. 239

CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

arts. 241 a 243

parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido: art. 242

parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido; motivo de reconhecida nobreza: art. 242, parágrafo único

registro de nascimento inexistente: art. 241

sonegação de estado de filiação: art. 243

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

arts. 155 a 183

apropriação indébita: arts. 168 a 170

dano: arts. 163 a 167

disposições gerais: arts. 181 a 183

estelionato e outras fraudes: arts. 171 a 179

extorsão e roubo: arts. 157 a 160

furto: arts. 155 e 156

receptação: art. 180

usurpação: arts. 161 e 162

CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

arts. 248 e 249

induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de incapazes: art. 248

subtração de incapaz; pai tutor ou curador: art. 249, § 1.º

subtração de incapaz; restituição: art. 249, § 2.º

subtração de incapazes: art. 249

CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

arts. 209 a 212

destruição, subtração ou ocultação de cadáver: art. 211

impedimento ou perturbação de cerimônia funerária: art. 209

vilipêndio a cadáver: art. 212

violação de sepultura: art. 210

CRIMES CONTRA OS COSTUMES

arts. 213 a 234

crimes contra a liberdade sexual: arts. 213 a 216

da corrupção de menores: art. 218

disposições gerais: arts. 223 a 226

lenocínio e tráfico de pessoas: arts. 227 a 232

ultraje público ao pudor: arts. 233 e 234

CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS

arts. 208 a 212

crimes contra o respeito aos mortos: arts. 209 a 212

crimes contra o sentimento religioso: art. 208

ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo: art. 208

CRIMES CULPOSOS

conceito: art. 18, II

de trânsito; aplicação de pena de interdição: art. 57

pena de multa, aplicação: art. 58, parágrafo único

penas privativas de liberdade; substituição: art. 44, § 2.º

penas restritivas de direitos; aplicação: art. 54

CRIMES DE PERIGO COMUM

arts. 250 a 259

aquisição de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante: art. 253

desabamento ou desmoronamento: art. 256

desabamento ou desmoronamento; crime culposo: art. 256, parágrafo único

difusão de doença ou praga: art. 259

difusão de doença ou praga; modalidade culposa: art. 259, parágrafo único

explosão: art. 251

explosão; aumento de pena: art. 251, § 2.º

explosão; substância utilizada diversa da dinamite ou explosivo de efeitos análogos: art. 251, § 1.º

fabrico de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante: art. 253

formas qualificadas de: art. 258

fornecimento de explosivos, gás tóxico ou asfixiante: art. 253

incêndio: art. 250

incêndio com aumento de pena: art. 250, § 1.º

incêndio culposo: art. 250, § 2.º

inundação: art. 254

perigo de inundação: art. 255

posse de explosivos ou gás tóxico ou asfixiante: art. 253

subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento: art. 257

transporte de explosivos, gás tóxico ou asfixiante: art. 253

uso de gás tóxico ou asfixiante: art. 252

uso de gás tóxico ou asfixiante; crime culposo: art. 252, parágrafo único

CRIMES DE TRÂNSITO

culposos; aplicação da pena de interdição: art. 57

CRIMES DOLOSOS

conceito: art. 18, I

contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; aumento da pena: art. 71, parágrafo único

prática com a utilização de veículo; efeito da condenação; inabilitação: art. 92, III

sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; efeitos da condenação: art. 92, II

CRIMES PERMANENTES

prescrição; termo inicial: art. 111, III

CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

arts. 312 a 327

abandono de função: art. 323

abandono de função com prejuízo público: art. 323, § 1.º

abandono de função em faixa de fronteira: art. 323, § 2.º

advocacia administrativa: art. 321

concussão: art. 316

condescendência criminosa: art. 320

corrupção passiva: art. 317

emprego irregular de verba ou rendas públicas: art. 315

excesso de exação: art. 316, §§ 1.º e 2.º

exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado: art. 324

extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento: art. 314

facilitação de contrabando ou descaminho: art. 318

funcionário público; definição para efeitos penais: art. 327

funcionário público; definição para efeitos penais; equiparados: art. 327, § 1.º

funcionário público; definição para efeitos penais; ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento: art. 327, § 2.º

peculato: art. 312

peculato culposo: art. 312, §§ 2.º e 3.º

peculato mediante erro de outrem: art. 313

prevaricação: art. 319

violação de sigilo funcional: art. 325

violação de sigilo ou proposta de concorrência: art. 326

violência arbitrária: art. 322

CRIMES PRATICADOS POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL

arts. 328 a 337-A

contrabando ou descaminho: art. 334

corrupção ativa: art. 333

desacato: art. 331

descaminho: art. 334

desobediência: art. 330

edital; inutilização: art. 336

fraude de concorrência: art. 335

impedimento de concorrência: art. 335

inutilização de livro ou documento: art. 337

inutilização de sinal: art. 336

perturbação de concorrência: art. 335

resistência: art. 329 e §§ 1.º e 2.º

sonegação de contribuição previdenciária: art. 337-A

subtração de livro ou documento: art. 337

tráfico de influência: art. 332

usurpação de função: art. 328

usurpação de função com vantagem: art. 328, parágrafo único

CRIMES QUALIFICADOS PELO RESULTADO

art. 19

CULPABILIDADE, CONCEITO

art. 22

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

CULTO RELIGIOSO

ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo: art. 208

CURADOR

incapacidade para o exercício da curatela: art. 92, II

subtração de incapaz: art. 249

CURATELA

Vide, também, CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela: arts. 248 e 249

incapacidade para o exercício: art. 92, II

D

DANO

arts. 163 a 167

alteração de local especialmente protegido: art. 166

crime de, conceito: Título II (Do Crime), nota 1

em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico art. 165

introdução ou abandono de animais em propriedade alheia: art. 164

introdução ou abandono de animais em propriedade alheia; ação penal: art. 167

isenção de pena: art. 181
isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
qualificado: art. 163, parágrafo único
qualificado; ação penal: art. 167
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III
simples: art. 163

DÉBIL MENTAL

crimes contra os costumes: violência presumida: art. 224, *b*

DECADÊNCIA

do direito de queixa ou de representação: art. 103
extinção da punibilidade: art. 107, IV

DECISÃO ADMINISTRATIVA

exercício de atividade com infração de: art. 205

DECISÃO JUDICIAL

desobediência a: art. 359

DEFORMIDADE

permanente; lesão corporal causadora de: art. 129, § 2.º, IV

DEFRAUDAÇÃO DE PENHOR

art. 171, § 2.º, III

DENTISTA

exercício ilegal da profissão de: art. 282
infração de medida sanitária preventiva: art. 268

DENÚNCIA

ação de iniciativa privada; não-oferecimento pelo Ministério Público: art. 100, § 3.º
arrependimento posterior: art. 16
interrupção da prescrição: art. 117, I

irretratabilidade da representação: art. 102
prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória: art. 110, § 2.º

DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

art. 339

DESABAMENTO

art. 256
crime culposo: art. 256, parágrafo único

DESACATO

art. 331

DESASTRE FERROVIÁRIO

art. 260, § 1.º
culpa: art. 260, § 2.º
lesão corporal ou morte: art. 263
perigo de: art. 260

DESCAMINHO

art. 334
facilitação: art. 318
mediante transporte aéreo: art. 334, § 3.º

DESCENDENTE

ação penal pelo: art. 100, § 4.º
circunstância agravante: art. 61, II, *e*
crime contra o patrimônio: art. 181, II
crime de cárcere privado: art. 148, § 1.º, I
crime de favorecimento pessoal: art. 348, § 2.º
crime de lenocínio: arts. 227, § 1.º, 228, § 1.º, 230, § 1.º, e 231, § 1.º
crime de seqüestro e cárcere privado: art. 148, § 1.º, I
crime de tráfico de pessoas: arts. 227, § 1.º, 228, § 1.º, 230, § 1.º, e 231, § 1.º
prestação de favorecimento pessoal: art. 348, § 2.º
queixa; oferecimento e prosseguimento na ação penal privada; morte do ofendido: art. 100, § 4.º

DESCONHECIMENTO DE LEI

atenuante: art. 65, II

DESCRIMINANTE PUTATIVA

noção de: art. 20, § 1.º

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

art. 15

DESMORONAMENTO

art. 256

crime culposo: art. 256, parágrafo único

DESOBEDIÊNCIA

art. 330

da decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito: art. 359

DESPESAS

falta de recursos para responder a: art. 176

DESTRUIÇÃO DE CADÁVER

art. 211

DESTRUIÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA

art. 151, § 1.º, I

DETRAÇÃO

art. 42

conceito: art. 42

multa, relação com: art. 42

prisão provisória, relação com: art. 42

regime inicial, relação com: art. 42

suspensão condicional da pena, relação com: art. 42

DEVER LEGAL

estrito cumprimento do: art. 23, III

DIFAMAÇÃO

art. 139

ação penal: art. 145

causas de aumento de pena: art. 141

causas de aumento de pena; crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação: art. 141, III

causas de aumento de pena; crime contra funcionário público em razão de suas funções: art. 141, II

causas de aumento de pena; crime contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência: art. 141, IV

causas de aumento de pena; crimes contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro: art. 141, I

exceção da verdade: art. 139, parágrafo único

exclusão de crime: art. 142

pedido de explicação: art. 144

retratação: art. 143

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

princípio da, ver a nota 1-F ao Título I

DIREITO DE QUEIXA

decadência: art. 103

renúncia: art. 104

DIREITO PENAL MÍNIMO

nota 2-A, Tít. V

DIREITO PENAL MÁXIMO

nota 2-C, Tít. V

DIREITO TRABALHISTA

frustração de direito assegurado por lei trabalhista: art. 203

DIREITOS DO INTERNADO

art. 99

DIREITOS DO PRESO

art. 38

DIVULGAÇÃO DE SEGREDO

art. 153

DOCUMENTO

falsidade documental: arts. 296 a 305

inutilização de: art. 337

subtração de: art. 337

supressão de: art. 305

DOCUMENTO FALSO

uso: art. 304

DOCUMENTOS PÚBLICOS

equiparados: art. 297, § 2.º

falsificação de: art. 297

falsificação por funcionário público: art. 297, § 1.º

DOENÇA

difusão de: art. 259

difusão de; modalidade culposa: art. 259, parágrafo único

mental: conceito, art. 26

necessidade de perícia: art. 26

omissão de notificação; médico: art. 269

DOLO

conceito: art. 18, I

direto: art. 18, I

eventual: art. 18, I

exclusão; erro sobre elementos do tipo legal do crime: art. 20, *caput*

DOMICÍLIO

Vide, também, CRIMES CONTRA A INVIO-LABILIDADE DO DOMICÍLIO

casa; alcance da expressão: art. 150, §§ 4.º e 5.º

violação de: art. 150

DUPLICATA SIMULADA

art. 172

DUPLICATAS

falsificação ou adulteração na escrituração do Livro de Registro de: art. 172, parágrafo único

**EDITAL**

inutilização de: art. 336

EFEITOS DA CONDENAÇÃO

arts. 91 e 92

EMBOSCADA

arts. 61, II, c, e 121, § 2.º, IV

circunstância agravante de pena: art. 61, II, c

homicídio qualificado: art. 121, § 2.º, IV

EMBRIAGUEZ

art. 28, II

actio libera in causa, teoria da: art. 28, II

conceito: art. 28, II

diagnóstico: art. 28, II

preordenada; circunstância agravante de pena: art. 61, II, I

EMIGRAÇÃO

aliciamento para o fim de: art. 206

EMOÇÃO

art. 28, I

EMPREGO DE ARMA

bando ou quadrilha: art. 288, parágrafo único

na extorsão: art. 158, § 1.º

na violação de domicílio: art. 150, § 1.º

no constrangimento ilegal: art. 146, § 1.º

no roubo: art. 157, § 2.º, I

EMPREGO IRREGULAR DE VERBAS OU RENDAS PÚBLICAS

art. 315

ENERGIA ELÉTRICA

furto de: art. 155, § 3.º

ENFERMEIRO

infração de medida sanitária preventiva: art. 268, parágrafo único

ENFERMO

circunstância agravante de pena: art. 61, II, *h*

ENTREGA DA COISA

fraude na: art. 171, § 2.º, IV

ENVENENAMENTO DE ÁGUA POTÁVEL

art. 270

ENVENENAMENTO DE ALIMENTO

art. 270

EPIDEMIA

art. 267

com morte: art. 267, § 1.º

culpa: art. 267, § 2.º

EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES, TEORIA DA

Vide NEXO CAUSAL

ERRO DE PROIBIÇÃO

art. 21

ERRO DE TIPO

art. 20

erro essencial e erro accidental: art. 20

ESBULHO POSSESSÓRIO

art. 161, §§ 1.º, II, 2.º e 3.º

isenção de pena: art. 181

isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III

representação: art. 182

representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

ESCÁRNIO

motivo religioso: art. 208

ESCRAVIDÃO

redução a condição análoga à de escravo: art. 149

ESCRITO OBSCENO

art. 234

ESCUSA ABSOLUTÓRIA

art. 107

ESPAÇO AÉREO

conceito: art. 5.º

ESPÉCIES DE PENAS

art. 32

ESPONTANEIDADE

Vide DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

ESTABELECIMENTO AGRÍCOLA, COMERCIAL OU INDUSTRIAL

invasão de: art. 202

ESTABELECIMENTO DE SEGURANÇA MÁXIMA OU MÉDIA

execução da pena; regime fechado: art. 33, § 1.º, *a*

ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL

invasão de: art. 202

ESTAÇÃO FERROVIÁRIA

incêndio ou explosão: arts. 250, § 1.º, II, *d*, e 251, § 2.º

ESTADO DE FILIAÇÃO

Vide CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

crimes contra o: arts. 241 a 243

ESTADO DE NECESSIDADE

arts. 23, I, e 24

conceito: art. 24

exculpante: art. 24

putativo: art. 20, § 1.º

ESTALEIRO

explosão em: art. 251, § 2.º

incêndio em: art. 250, § 1.º, II, e

ESTAMPILHA

falsificação: art. 293, I

ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES

art. 171 a 179

abuso de incapazes: art. 173

alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria: art. 171, § 2.º, II

alteração de obra: art. 175, §§ 1.º e 2.º

causa de aumento de pena: art. 171, § 3.º

causa de diminuição de pena: art. 171, § 1.º

criminoso primário e de pequeno valor o prejuízo: art. 171, § 1.º

defraudação de penhor: art. 171, § 2.º, III

disposição de coisa alheia como própria: art. 171, § 2.º, I

duplicata simulada: art. 172

emissão irregular de conhecimento de depósito ou *warrant*: art. 178

falsificação ou adulteração na escrituração do Livro de Registro de Duplicatas: art. 172

falta de recurso para pagar gastos: art. 176

fraude à execução: art. 179

fraude na entrega de coisa: art. 171, § 2.º, IV

fraude no comércio: art. 175

fraude no pagamento por meio de cheque: art. 171, § 2.º, VI

fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro: art. 171, § 2.º, V

fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações: art. 177

induzimento à especulação: art. 174

isenção de pena: art. 181

isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III

representação: art. 182

representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

ESTRADA DE FERRO

Vide, também, ATENTADO

conceito: art. 260, § 3.º

ESTRANGEIRO

crime cometido por brasileiro no; sujeição à lei brasileira: art. 7.º, II, b

expulso; reingresso: art. 338

fraude de lei sobre: art. 309

ingresso irregular; falsa identidade: art. 310

uso de nome que não é seu: art. 309

ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

art. 23, III

conceito: art. 23, III

ESTUPRO

art. 213

aborto no caso de gravidez resultante de: art. 128, II

ação penal: art. 225

aumento de pena: art. 226

figuras qualificadas: art. 223

EUTANÁSIA

Art. 121, nota 15

EVASÃO

de condenado; prescrição: art. 113

mediante violência contra a pessoa: art. 352

EXAÇÃO

excesso de: art. 316, §§ 1.º e 2.º

EXAME

verificação de cessação de periculosidade:
art. 97, § 2.º

EXAME CRIMINOLÓGICO

para início do cumprimento da pena em regime
fechado: art. 34, *caput*

para início do cumprimento da pena em regime
semi-aberto: art. 35, *caput*

EXAURIMENTO DO CRIME

art. 14, I

EXCEÇÃO DA VERDADE

no crime de calúnia: art. 138, § 3.º

no crime de difamação: art. 139, parágrafo
único

EXCESSO DE EXAÇÃO

art. 316, §§ 1.º e 2.º

EXCESSOS NAS EXCLUDENTES

art. 23, parágrafo único

**EXCLUDENTE SUPRALEGAL DE
ILICITUDE**

art. 23

EXCLUSÃO

de antijuridicidade: art. 23

de ilicitude: art. 23

de imputabilidade: arts. 26 e 27

EXECUÇÃO

fraude à: art. 179

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Vide PRESO(S)

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO

das próprias razões: art. 345

ou abuso de poder: art. 350

EXERCÍCIO ILEGAL DE MEDICINA

art. 282

com o fim de lucro: art. 282, parágrafo único

EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

art. 23, III

conceito: art. 23, III

EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO

art. 357

EXPLOSÃO

art. 251

com intuito de vantagem: art. 251, § 2.º

EXPLOSIVOS

aquisição de: art. 253

circunstância agravante de pena: art. 61,
II, *d*

fabrico de: art. 253

fornecimento de: art. 253

homicídio qualificado: art. 121, § 2.º, III

posse de: art. 253

transporte de: art. 253

EXTINÇÃO DA PENA

livramento condicional: arts. 89 e 90

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

arts. 107 a 120

anistia: art. 107, II

causas de: art. 107

causas impeditivas da prescrição: art. 116

causas interruptivas da prescrição: art. 117

crime pressuposto: art. 108

crimes conexos: art. 108

decadência: art. 107, IV

graça: art. 107, II
indulto: art. 107, II
medidas de segurança: art. 96, parágrafo único
morte do agente: art. 107, I
não-extensão; casos de: art. 108
noção de: art. 107
ocorrência; casos: art. 107
perdão do ofendido: art. 107, V
perdão judicial: arts. 107, IX, e 120
perempção: art. 107, IV
prescrição: arts. 107, IV, e 109 a 118
prescrição antes de transitar em julgado a sentença: art. 109
prescrição da multa: art. 114
prescrição das penas mais leves: art. 119
prescrição das penas restritivas de direito: art. 109, parágrafo único
prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória: art. 110 e §§ 1.º e 2.º
prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional: art. 113
redução dos prazos de prescrição: art. 115
renúncia do ofendido: art. 107, V
ressarcimento do dano no peculato culposo: art. 312, § 2.º
retratação do agente: art. 107, VI
retroatividade da lei: art. 107, III
termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final: art. 111
termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível: art. 112

EXTORSÃO

arts. 157 a 160
com lesão corporal grave: art. 159, § 2.º
com morte: art. 159, § 3.º
cometido por quadrilha ou bando: art. 159, § 4.º
indireta: art. 160
isenção de pena: art. 181

isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
mediante seqüestro: art. 159 e §§ 1.º a 4.º
mediante violência: art. 158, § 2.º
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

EXTRADIÇÃO

art. 7.º

EXTRATERRITORIALIDADE

art. 7.º

EXTRATIVIDADE DE LEI

art. 2.º
combinação de leis: art. 2.º
competência para aplicação da lei benéfica: art. 2.º
lei intermediária, aplicação: art. 2.º
lei processual penal, aplicação: art. 2.º

F

FALSA PERÍCIA

art. 342

FALSIDADE

da moeda: arts. 289 a 292

FALSIDADE DE TÍTULOS E OUTROS PAPÉIS PÚBLICOS

arts. 293 a 295

FALSIDADE DOCUMENTAL

arts. 296 a 305
atestado; falsidade material: art. 301, § 1.º
atestado; falsidade material com o fim de lucro: art. 301 § 2.º
atestado falso: art. 301
atestado médico falso: art. 302

atestado médico falso com o fim de lucro: art. 302, parágrafo único

certidão; falsidade material: art. 301, § 1.º

certidão; falsidade material com o fim de lucro: art. 301, § 2.º

certidão falsa: art. 301

documento; supressão: art. 305

documento falso; uso: art. 304

documentos públicos; equiparados: art. 297, § 2.º

falsidade ideológica: art. 299

falsidade ideológica; funcionário público: art. 299, parágrafo único

falsificação de documento público: art. 297

falsificação de documento público; funcionário público: art. 297, § 1.º

falsificação do selo ou sinal público: art. 296

falso reconhecimento de firma ou letra: art. 300

peça filatélica; reprodução ou adulteração: art. 303

peça filatélica; reprodução ou adulteração com o fim de comércio: art. 303, parágrafo único

selo; reprodução ou adulteração: art. 303

selo; reprodução ou adulteração com o fim de comércio: art. 303, parágrafo único

uso de selo ou sinal falsificado: art. 296, § 1.º, I

utilização indevida de selo ou sinal verdadeiro: art. 296, § 1.º, II

utilização indevida de selo ou sinal verdadeiro; funcionário público: art. 296, § 2.º

FALSIDADE IDEOLÓGICA

art. 299

funcionário público: art. 299, parágrafo único

FALSIDADES

crimes contra a fé pública: arts. 306 a 311

FALSIFICAÇÃO

de documento público: art. 297

de documento público por funcionário público: art. 297, § 1.º

de sinal ou marca empregada pelo poder público: art. 306

do selo ou sinal público: art. 296

na escrituração do Livro de Registro de Duplicatas: art. 172, parágrafo único

FALSO TESTEMUNHO

art. 342 e §§ 1.º e 2.º

FARMACÊUTICO

exercício ilegal da atividade de: art. 282

exercício ilegal da atividade de; com o fim de lucro: art. 282, parágrafo único

FAVORECIMENTO PESSOAL

art. 348

FAVORECIMENTO REAL

art. 349

FÉ PÚBLICA

crimes contra a: arts. 289 a 311

FILIAÇÃO

Vide, também, CRIMES CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

crimes contra o estado de: arts. 241 a 243

FINANÇAS PÚBLICAS

Vide, também, CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS

FLAGRANTE PROVOCADO

Vide CRIME IMPOSSÍVEL

FONTES DO DIREITO PENAL

art. 1.º

FRAGMENTARIEDADE

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

FRAUDE

à execução: art. 179
de lei sobre estrangeiros: art. 309
e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações: art. 177
em arrematação judicial: art. 358
estelionato e outras: arts. 171 a 179
falta de recurso para pagamento de gastos: art. 176
isenção de pena: art. 181
isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
na entrega da coisa: art. 171, § 2.º, IV
no comércio: art. 175
no pagamento por meio de cheque: art. 171, § 2.º, VI
para recebimento de indenização ou valor de seguro: art. 171, § 2.º, V
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

FRAUDE DE CONCORRÊNCIA

art. 335

FRAUDE PROCESSUAL

art. 347

FUGA DE PRESO

facilitação ou promoção de: art. 351

FUNÇÃO PÚBLICA

abandono de: art. 323
perda da: art. 92, I
usurpação de: art. 328

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Vide, também, CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL
crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: arts. 312 a 327

definição para efeitos penais: art. 327
definição para efeitos penais; equiparados: art. 327, § 1.º
definição para efeitos penais; ocupantes de cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento: art. 327, § 2.º
estrangeiro; definição para efeitos penais: art. 337-D
estrangeiro; equiparação: art. 337-D, parágrafo único

FUNDAÇÃO DE SOCIEDADES POR AÇÕES

fraudes e abusos na: art. 177 e §§ 1.º e 2.º

FURTO

art. 155
aumento de pena; caso: art. 155, § 1.º
criminoso primário e de pequeno valor a coisa furtada; substituição da pena de reclusão pela pena de detenção: art. 155, § 2.º
de coisa comum: art. 156
de coisa comum; representação: art. 156, § 1.º
de veículo automotor: art. 155, § 5.º
isenção de pena: art. 181
isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
qualificado: art. 155, § 4.º
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III
subtração de coisa comum fungível: art. 156, § 2.º

G**GARANTISMO PENAL**

nota 2- B, Tít. V

GÁS TÓXICO

aquisição de: art. 253
fabrico de: art. 253

fornecimento de: art. 253
 posse de: art. 253
 transporte de: art. 253
 uso de: art. 252
 uso de; crime culposo: art. 252, parágrafo único

GESTANTE

Vide, também, ABORTO e CRIMES CONTRA A VIDA
 aborto provocado com consentimento da: arts. 126 e 127
 circunstância agravante da pena: art. 61, II, *h*

GRAÇA

art. 107, II

GRAVIDEZ

circunstância agravante da pena: art. 61, II, *h*
 estupro e; aborto legal: art. 128, II

GREVE

paralisação de trabalho coletivo: art. 201
 violenta: art. 200

GUIA

falsificação de: art. 293, V

H

HABITUALIDADE

Vide CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES: Título II (Do Crime), nota 5

HOMICÍDIO CULPOSO

art. 121, § 3.º
 aumento de pena: art. 121, § 4.º
 dispensa de aplicação de pena: art. 121, § 5.º

HOMICÍDIO DOLOSO

art. 121, §§ 1.º, 2.º e 4.º

aumento de pena: art. 121, § 4.º
 contra maior de sessenta anos: art. 121, § 4.º
 contra menor de quatorze anos: art. 121, § 4.º
 qualificado: art. 121, § 2.º
 qualificado; asfixia, emboscada, explosivo, fogo, meio cruel, meio de perigo comum, tortura, veneno e meio insidioso: art. 121, § 2.º, III
 qualificado; dissimulação; recurso que torne difícil a defesa e traição: art. 121, § 2.º, IV
 qualificado; motivo fútil: art. 121, § 2.º, II
 qualificado; motivo torpe e promessa de recompensa: art. 121, § 2.º, I
 simples: art. 121, *caput*

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO

art. 121, § 1.º

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

art. 9.º

HONRA

Vide, também, CRIMES CONTRA A HONRA
 crimes contra a: arts. 138 a 145

HUMANIDADE

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

I

IDENTIDADE

falsa com o fim de obter vantagem: art. 307
 falsa para ingresso de estrangeiro no País: art. 310

IDOSO

abandono de incapaz; aumento de pena: art. 133, § 3.º, III
 abandono material: art. 244
 crime contra; agravamento da pena: art. 61, II, *h*

- difamação e calúnia; causa de aumento de pena: art. 141, IV
extorsão mediante seqüestro qualificada: art. 159, § 1.º
homicídio contra; causa de aumento de pena: art. 121, § 4.º
imunidade, não aplicação: art. 183, III
injúria qualificada: art. 140, § 3.º
seqüestro e cárcere privado; qualificadora: art. 148, § 1.º, I
- ILICITUDE, CONCEITO**
art. 23
- IMÓVEL**
alteração de limites de linha divisória de imóvel; usurpação: art. 161
- IMPEDIMENTO DE CONCORRÊNCIA**
art. 335
- IMPERÍCIA**
art. 18, II
- IMPRUDÊNCIA**
art. 18, II
- IMPUNIBILIDADE NA CO-DELINQUÊNCIA**
art. 31
- IMPUTABILIDADE PENAL**
arts. 26 a 28
embriaguez: art. 28, II
emoção e paixão: 28, I
inimputáveis: art. 26
menores de dezoito anos: art. 27
noção: art. 26
- IMPUTAÇÃO OBJETIVA, TEORIA DA**
Vide NEXO CAUSAL
- IMUNIDADES PARLAMENTARES E DIPLOMÁTICAS**
art. 5.º
- INCAPAZ**
abuso de: art. 173
induzimento a fuga, entrega arbitrária ou sonegação de: art. 248
periclitção da vida e da saúde; abandono de: art. 133
subtração de: art. 249
subtração e restituição de: art. 249, § 2.º
subtração por pai, tutor ou curador: art. 249, § 1.º
- INCÊNDIO**
art. 250
com intenção de vantagem: art. 250, § 1.º
culposo: art. 250, § 2.º
- INCITAÇÃO AO CRIME**
art. 286
- INCOLUMIDADE PÚBLICA**
Vide, também, CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA
crimes contra a: arts. 250 a 285
- INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**
princípio: Vide nota 1-F ao Título I
- INDULTO**
art. 107, II
- INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**
art. 22
- INFANTICÍDIO**
art. 123

INFLUÊNCIA

tráfico de: art. 332

INIMPUTABILIDADE

Vide, também, INIMPUTÁVEIS

art. 26

conceito: art. 26

medida de segurança; imposição: art. 97

menor de 18 anos: art. 27

INIMPUTÁVEIS

medidas de segurança para: art. 97

medidas de segurança; desinternação ou liberação condicional: art. 97, § 3.º

medidas de segurança; internação: art. 97

medidas de segurança; perícia médica: art. 97, § 2.º

medidas de segurança; prazo: art. 97, § 1.º

INJÚRIA

art. 140

ação penal: art. 145

aumento de pena: art. 141

aumento de pena; crime cometido na presença de várias pessoas ou por meio que facilite a divulgação: art. 141, III

aumento de pena; crime contra funcionário público em razão de suas funções: art. 141, II

aumento de pena; crime contra pessoa maior de sessenta anos ou portadora de deficiência: art. 141, IV

aumento de pena; crimes contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro: art. 141, I

discriminação de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idoso ou portadora de deficiência: art. 140, § 3.º

exclusão de crime: art. 142

perdão judicial: arts. 107, IX, e 140, § 1.º

real: art. 140, § 2.º

retratação: arts. 143 e 144

INSCRIÇÃO DE DESPESAS NÃO EMPENHADAS EM RESTOS A PAGAR

art. 359-B

INSIGNIFICÂNCIA, PRINCÍPIO DA

art. 14 (Vide Outras classificações do tipo penal): notas 27; 27-B; 27-C

INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO

art. 122

INSTRUMENTOS DO CRIME

perda dos: art. 91, II, a

INTERNADO

direitos do: art. 99

INTERPRETAÇÃO

analógica: art. 1.º

extensiva: art. 1.º

INTÉRPRETE

corrupção: art. 343

falso testemunho: art. 342

prestígio de; exploração: art. 357

INTERRUPÇÃO

Vide ATENTADO

INTERVENÇÃO MÍNIMA

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

INUNDAÇÃO

art. 254

perigo de: art. 255

INUTILIZAÇÃO

de livro ou documento: art. 337

INVASÃO

de estabelecimento: art. 202

INVIOLABILIDADE DE CORRESPONDÊNCIA

crimes contra a: arts. 151 e 152

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

crimes contra a: art. 150

INVIOLABILIDADE DOS SEGREDOS

crimes contra a: arts. 153 e 154

INVÓLUCRO

com falsa indicação: arts. 275 e 276

IRMÃO

ação penal pelo: art. 100, § 4.º

de criminoso; prestação de favorecimento pessoal: art. 348, § 2.º

J**JOGO**

induzimento à prática de: art. 174

JUÍZO ARBITRAL

coação durante o processo: art. 344

falsa perícia: art. 342

falso testemunho: art. 342

JURADO

exploração de seu prestígio: art. 357

JUSTIÇA

Vide também CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

crimes contra a administração da: arts. 338 a 359

restaurativa: nota 2-F, Título V, Parte Geral.

retributiva: nota 2-F, Título V, Parte Geral.

L**LATROCÍNIO**

art. 157, § 3.º

LEGALIDADE

competência para legislar em matéria penal: art. 1.º

eficácia do princípio: art. 1.º

princípio da: art. 1.º

LEGÍTIMA DEFESA

arts. 23, II, e 25

de terceiros: art. 25

excesso punível: art. 23, parágrafo único

própria: art. 25

putativa: art. 20, § 1.º

LEI

anterioridade: art. 1.º

brasileira; crime cometido no estrangeiro; aplicação: art. 7.º

desconhecimento; atenuante: art. 65, II

excepcional: art. 3.º

intermitente: art. 3.º

nacionalização do trabalho; frustração: art. 204

posterior: art. 2.º

retroatividade da intermediária: art. 2.º

sobre estrangeiros; fraude: art. 309

temporária: art. 3.º

trabalhista; direito assegurado; frustração: art. 203

LEI PENAL

aplicação: arts. 1.º a 12

em período de *vacatio legis*: art. 2.º

publicada com erros, aplicação: art. 2.º

LENOCÍNIO E TRÁFICO DE MULHERES

arts. 227 a 232

casa de prostituição: art. 229

favorecimento da prostituição: art. 228
 favorecimento da prostituição; com o fim de lucro: art. 228, § 3.º
 favorecimento da prostituição; emprego de violência; grave ameaça ou fraude: art. 228, § 2.º
 favorecimento da prostituição; vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 228, § 1.º
 mediação para servir a lascívia de outrem: art. 227
 mediação para servir a lascívia de outrem; com o fim de lucro: art. 227, § 3.º
 mediação para servir a lascívia de outrem; emprego de violência; grave ameaça ou fraude: art. 227, § 2.º
 mediação para servir a lascívia de outrem; vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 227, § 1.º
 rufianismo: art. 230
 rufianismo; emprego de violência ou grave ameaça: art. 230, § 2.º
 rufianismo; vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 230, § 1.º
 tráfico de pessoas: art. 231
 tráfico de pessoas; emprego de violência, grave ameaça ou fraude: art. 231, § 2.º
 tráfico de pessoas; vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 231, § 1.º

LESÃO(ÕES) CORPORAL(AIS)

aborto: art. 129, § 2.º, V
 ação penal: art. 225
 arremesso de projétil: art. 264, parágrafo único
 conceito: art. 129
 crimes de natureza sexual; lesões de natureza grave: art. 223
 culposa: art. 129, § 6.º
 deformidade permanente: art. 129, § 2.º, IV
 de natureza grave: art. 129, § 1.º
 dolosa: art. 129 e §§ 1.º a 3.º
 dolosa; grave: art. 129, § 1.º

dolosa; gravíssima: art. 129, § 2.º
 dolosa; pena; aumento: art. 129, § 7.º
 dolosa; pena; diminuição: art. 129, § 4.º
 dolosa; simples: art. 129
 dolosa; substituição da pena: art. 129, § 5.º
 enfermidade incurável: art. 129, § 2.º, II
 grave; extorsão com: art. 159, § 2.º
 grave; roubo com: art. 157, § 2.º
 incapacidade permanente para o trabalho: art. 129, § 2.º, I
 morte como resultado: art. 223, parágrafo único
 perda ou inutilização de membro, sentido ou função: art. 129, § 2.º, III
 resultante de rixa: art. 137, parágrafo único
 seguida de morte: art. 129, § 3.º
 substituição da pena: art. 129, § 5.º

LESIVIDADE

princípio da, ver a nota I-F ao Título I

LIBERDADE

crimes contra a liberdade pessoal: arts. 146 a 149
 de associação; atentado contra a: art. 199
 de trabalho; atentado contra a: art. 197
 penas privativas de: arts. 33 a 42

LIBERDADE INDIVIDUAL

crimes contra a: arts. 146 a 154

LIBERDADE PESSOAL

crimes contra a: arts. 146 a 149

LIBERDADE SEXUAL

Vide, também, CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
 crimes contra a: arts. 213 a 216-A

LINHA DIVISÓRIA DE IMÓVEL

alteração de limites de: art. 161

LIVRAMENTO CONDICIONAL

arts. 83 a 90
concessão; requisitos: art. 83
condições a que ficará subordinado o: art. 85
efeitos da revogação: art. 88
extinção da pena: arts. 89 e 90
prescrição no caso de revogação do: art. 113
revogação: art. 86
revogação facultativa: art. 87
soma das penas: art. 84

LIVRO

inutilização de: art. 337
subtração de: art. 337

LIVRO DE REGISTRO DE DUPLICATAS

falsificação ou adulteração na escrituração do:
art. 172, parágrafo único

LOCK-OUT

paralisação de trabalho coletivo: art. 201
violento: art. 200

LUGAR DO CRIME

art. 6.º

M**MAIOR**

de setenta anos; atenuante: art. 65, I
de setenta anos; prescrição penal: art. 115

MAIORIDADE PENAL

art. 27

MARCA

empregada pelo poder público; falsificação ou
fabricação: art. 306 e parágrafo único

MARCA EM ANIMAIS

supressão ou alteração: art. 162

MAR TERRITORIAL

conceito: art. 5.º

MAUS-TRATOS

periclitacão da vida e da saúde: art. 136

MEDICAMENTO

adquirido de estabelecimento sem licença da
autoridade sanitária: art. 273, § 1.º-B, VI
alteração de: art. 273
alteração de; crime culposos: art. 273, § 2.º
alterado; venda, exposição à venda, depósito:
art. 273, § 1.º
com redução de seu valor terapêutico: art.
273, § 1.º-B, IV
corrompido; venda, exposição à venda, depó-
sito: art. 272, § 1.º
corrupção, adulteração ou falsificação: art.
272
corrupção, adulteração ou falsificação; crime
culposos: art. 272, § 2.º
de procedência ignorada: art. 273, § 1.º-B, V
em desacordo com fórmula constante do re-
gistro: art. 273, § 1.º-B, II
em desacordo com receita médica: art. 280
em desacordo com receita médica; crime cul-
posos: art. 280, parágrafo único
envenenamento: art. 270
envenenamento; crime culposos: art. 270,
§ 2.º
equiparação a matérias-primas; insumos far-
macêuticos; cosméticos; saneantes: art.
273, § 1.º-A
falta de registro: art. 273, § 1.º-B, I
sem as características de identidade e qualidade:
art. 273, § 1.º-B, III

MEDICINA

exercício ilegal de: art. 282

exercício ilegal de; com o fim de lucro: art. 282, parágrafo único

MÉDICO

aborto praticado por: art. 128

MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

infração de: art. 268

infração de; caso de aumento de pena: art. 268, parágrafo único

MEDIDAS DE SEGURANÇA

arts. 96 a 99

direitos do internado: art. 99

espécies: art. 96

extinção da punibilidade: art. 96, parágrafo único

legalidade; aplicação do princípio: art. 1.º

para inimputável: art. 97

para inimputável; desinternação ou liberação condicional: art. 97, § 3.º

para inimputável; internação: art. 97 e §§ 1.º e 4.º

para inimputável; perícia médica: art. 97, § 2.º

para inimputável; prazo: art. 97, § 1.º

substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável: art. 98

MEIO DE TRANSPORTE

Vide ATENTADO

MEIOS DE COMUNICAÇÃO

crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços: arts. 260 a 266

MEIOS DE TRANSPORTE

crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços: arts. 260 a 266

MENDICÂNCIA

menor de dezoito anos: art. 247, IV

MENORES

abandono intelectual: art. 246

abandono material: art. 244

abandono moral: art. 247

abuso de incapazes: art. 173

corrupção de: art. 218

corrupção de; ação penal: art. 225 e §§ 1.º e 2.º

corrupção de; aumento de pena: art. 226

de 18 anos; inimputabilidade: art. 27

de 18 anos; frequência de casa de jogo ou mal-afamada, ou convivência com pessoa viciosa ou de má-vida: art. 247, I

de 18 anos; frequência de espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor: art. 247, II

de 18 anos; mendicância: art. 247, IV

de 18 anos; residência e trabalho em casa de prostituição: art. 247, III

entrega a pessoa inidônea: art. 245 e § 1.º

entrega arbitrária: art. 248

envio para o exterior: art. 245, § 2.º

induzimento a fuga: art. 248

sonegação: art. 248

subtração: art. 249

MINISTÉRIO PÚBLICO

ação penal pública; promoção: art. 100, § 1.º

crimes de ação pública; falta de oferecimento da denúncia; ação penal privada: art. 100, § 3.º

exploração de prestígio: art. 357

revogação de reabilitação: art. 95

MOEDA

de circulação não autorizada: art. 289, § 4.º

encarregados da fabricação; emissão ou autorização de fabricação ou emissão de moeda falsa: art. 289, § 3.º

falsa: arts. 289 a 292

falsa; crimes assimilados: art. 290

falsa; crimes assimilados por funcionário que trabalha na repartição onde se achava recolhida: art. 290, parágrafo único

falsa; fabricação: art. 289

falsa; importação, exportação, aquisição, venda, cessão, empréstimo, guarda ou introdução na circulação: art. 289, § 2.º

falsa; restituição à circulação: art. 289, § 2.º

falsificação: art. 289

petrechos para falsificação de: art. 291

MOLÉSTIA GRAVE

periclitación da vida e da saúde; perigo de contágio e de: art. 131

MORTE

abandono de incapaz: art. 133, § 2.º

abandono de recém-nascido: art. 134, § 2.º

aborto: art. 127

arremesso de projétil: art. 264, parágrafo único

caso de epidemia: art. 267, § 1.º

caso de extorsão: art. 158, § 2.º

caso de extorsão mediante seqüestro: art. 159, § 3.º

caso de lenocínio e tráfico de pessoas: art. 232

caso de lesão corporal dolosa: art. 129, § 3.º

caso de maus-tratos: art. 136, § 2.º

caso de omissão de socorro: art. 135, parágrafo único

caso de rixa: art. 137, parágrafo único

caso de roubo: art. 157, § 3.º

como resultado de violência: art. 223, parágrafo único

como resultado de violência; ação penal: art. 225

conceito: art. 121

crime contra a saúde pública: art. 285

crime contra a segurança dos meios de transporte: art. 263

crime contra os costumes: art. 223, parágrafo único

crime de perigo comum: art. 258

do ofendido; sucessão processual: art. 100, § 4.º

exposição de recém-nascido: art. 134, § 2.º

extinção da punibilidade: art. 107, I

roubo com: art. 157, § 3.º

MORTOS

crimes contra o respeito aos: arts. 209 a 212

MOTIM

de presos: art. 354

MULHERES

Vide, também, TRÁFICO DE PESSOAS

crime contra mulher grávida; agravação da pena: art. 61, II, *h*

lenocínio: arts. 227 a 229

MULTA

aumento: art. 60, § 1.º

cobrança e pagamento: art. 50, § 1.º

competência para a execução: art. 51

conceito: art. 49

conversão: art. 51

correção monetária, constitucionalidade: art. 49, § 2.º

critérios especiais: art. 60

critérios para fixação da multa: art. 49

dívida de valor: art. 51

fixação do dia-multa em salário mínimo; constitucionalidade: art. 49, § 1.º

irrisória; cobrança: art. 50

limite: art. 58

pagamento: art. 50

parcelamento: art. 50

pena de: arts. 49 a 52

prescrição da: art. 114

suspensão da execução: art. 52

N**NACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO**

frustração de lei sobre: art. 204

NÃO CANCELAMENTO DE RESTOS A PAGAR

art. 359-F

NEXO CAUSAL

art. 13

NORMA PENAL EM BRANCO

art. 3.º

O**OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA**

art. 22

OBJETO

de valor probatório; sonegação de: art. 356
do crime: Título II (Do Crime), nota 4

OBJETO OBSCENO

art. 234

OBRA

alteração de: art. 175, §§ 1.º e 2.º

OCULTAÇÃO

Vide, também, OCULTAÇÃO DE CADÁVER

de material de salvamento: art. 257

de recém-nascido: art. 242

de recém-nascido; perdão judicial: art. 242,
parágrafo único

impedimento de casamento: art. 236

OCULTAÇÃO DE CADÁVER

art. 211

ODONTOLOGIA

exercício ilegal de: art. 282

exercício ilegal de; com o fim de lucro: art.
282, parágrafo único

OFENDÍCULO

art. 25

OFENDIDO

perdão do: art. 105

OFENSIVIDADE

princípio da, ver a nota 1-F ao Título I.

OFERTA PÚBLICA OU COLOCAÇÃO DE TÍTULOS NO MERCADO

art. 359-H

OMISSÃO

Vide, também, OMISSÃO DE SOCORRO

conceito: art. 13

de notificação de doença: art. 269

relevância da: art. 13, § 2.º

OMISSÃO DE SOCORRO

periclitación da vida e da saúde: art. 135

ORDEM

paralisação do trabalho seguida de perturbação
da: art. 200

ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA

art. 359-D

ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Vide, também, CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

crimes contra a: arts. 197 a 207

P**PAI**

subtração de incapaz: art. 249, § 1.º

PAIXÃO

art. 28, I

PAPEL

de valor probatório; sonegação: art. 356

PAPÉIS PÚBLICOS

Vide, também, TÍTULOS

falsidade de títulos e outros: arts. 293 a 295

PARALISAÇÃO

de trabalho de interesse coletivo: art. 201

de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem: art. 200

PARTICIPAÇÃO

Vide CONCURSO DE PESSOAS

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA

Vide CONCURSO DE PESSOAS

PARTICULAR

crimes praticados por particular contra a administração em geral: arts. 328 a 337-A

PARTO

aceleração: art. 129, § 1.º, IV

PARTO SUPOSTO

supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido: art. 242

supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido; motivo de reconhecida nobreza: art. 242, parágrafo único

PASSAPORTE

uso criminoso: art. 308

PATRIMÔNIO

Vide, também, CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

crimes contra o: arts. 155 a 183

PÁTRIO PODER

Vide, também, CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela: arts. 248 e 249

PATROCÍNIO

infiel: art. 355

simultâneo; ou tergiversação: art. 355, parágrafo único

PAZ PÚBLICA

Vide, também, CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

crimes contra a: arts. 286 a 288

PEÇA FILATÉLICA

reprodução ou adulteração: art. 303

reprodução ou adulteração com o fim de comércio: art. 303, parágrafo único

PECULATO

art. 312

culposo: art. 312, §§ 2.º e 3.º

mediante erro de outrem: art. 313

PENAS

Vide, também, EFEITOS DA CONDENAÇÃO; LIVRAMENTO CONDICIONAL e REABILITAÇÃO

arts. 32 a 95

acidente na execução do crime: 73

agravantes: arts. 61 e 62

agravantes e atenuantes; concurso de circunstâncias: art. 67

- agravantes no caso de concurso de pessoas: art. 62
- aplicação da: arts. 59 a 76
- atenuantes: arts. 65 e 66
- cálculo da pena: art. 68
- características: art. 32
- circunstâncias atenuantes: art. 65
- circunstâncias que sempre agravam a: art. 61
- cominação; conceito: art. 32
- cominação das: arts. 53 a 58
- conceito: art. 32
- concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes: art. 67
- concurso de crimes; multa: art. 72
- concurso de infrações: 76
- concurso formal: art. 70
- concurso material: art. 69
- crime continuado: art. 71
- crimes dolosos; aumento de: art. 71, parágrafo único
- de multa: arts. 49 a 52
- detração: art. 42
- direitos do preso: art. 38
- direitos e deveres do preso: art. 40
- efeitos da condenação: arts. 91 e 92
- erro na execução do crime: art. 73
- espécies: arts. 32 a 52
- fixação da: art. 59
- interdição temporária de direitos: art. 43, II
- interdição temporária de direitos; aplicação: arts. 56 e 57
- interdição temporária de direitos; espécies: 47
- legislação especial: art. 40
- limitação de fim de semana: art. 43, VI
- limitação de fim de semana; conceito: art. 48 e parágrafo único
- limites das: art. 75
- livramento condicional: arts. 83 a 90
- livramento condicional; extinção das: arts. 89 e 90
- livramento condicional; soma das: art. 84
- mulheres; regime especial: art. 37
- multa: art. 32, III
- multa; aumento da: art. 60, § 1.º
- multa; cobrança e pagamento: art. 50, § 1.º
- multa; critérios especiais: art. 60
- multa; dívida de valor: art. 51
- multa; em que consiste: art. 49
- multa; limite: art. 58
- multa; pagamento: art. 50
- multa; suspensão da execução: art. 52
- multa substitutiva: arts. 60, § 2.º, e 58, parágrafo único
- pena de multa: arts. 49 a 52
- penas privativas de liberdade: arts. 33 a 42
- penas restritivas de direito: arts. 43 a 48
- perda de bens e valores: art. 43, II
- prestação de serviços à comunidade e/ou a entidades públicas: art. 43, IV
- prestação de serviços à comunidade e/ou a entidades públicas; conceito: art. 46
- prestação pecuniária: art. 43, I
- privativa de liberdade; extinção: art. 82
- privativa de liberdade; substituição pela pena de multa: art. 60, § 2.º
- privativa de liberdade; substituição por penas restritivas de direitos e multa: arts. 44, 58, parágrafo único, e 69, § 1.º
- privativas de liberdade: art. 32, I e 33 a 42
- privativas de liberdade; execução: art. 33, § 2.º
- privativas de liberdade; limite: art. 53
- privativas de liberdade; regime inicial; critérios: art. 33, § 3.º
- reabilitação: arts. 93 a 95
- reclusão e detenção: art. 33
- reclusão e detenção; diferenças: art. 33
- redução nos crimes praticados por quem tenha o dever legal de enfrentar o perigo: art. 24, § 2.º
- redução por denúncia: art. 159, § 4.º
- redução por embriaguez proveniente de caso fortuito ou força maior: art. 28, § 2.º
- redução por homicídio: art. 121, § 1.º

- regime aberto: art. 33, § 1.º, *c*
regime aberto; fundamento: art. 36
regime aberto; trabalho: art. 36, § 1.º
regime aberto; transferência do condenado;
casos: art. 36, § 2.º
regime especial: art. 37
regime fechado: art. 33, § 1.º, *a*
regime fechado; exame criminológico do con-
denado: art. 34
regime fechado; regras: art. 34
regime fechado; trabalho: art. 34, § 1.º
regime fechado; trabalho; aptidão: art. 34,
§ 2.º
regime fechado; trabalho externo; admissibi-
lidade: art. 34, § 3.º
regime semi-aberto: art. 33, § 1.º, *b*
regime semi-aberto; regras: art. 35
regime semi-aberto; trabalho: art. 35, § 1.º
regime semi-aberto; trabalho externo; admis-
sibilidade: art. 35, § 2.º
reincidência: arts. 63 e 64
reparação de dano: art. 78, § 2.º
restritivas de direitos: art. 32, II e 43 a 48
restritivas de direitos; aplicação: art. 54
restritivas de direitos; conversão: art. 45
restritivas de direitos; duração: arts. 46, §
2.º, e 55
restritivas de direitos; espécies: art. 43
restritivas de direitos; são autônomas: art. 44
restritivas de direitos; substituição das penas
privativas de liberdade: art. 44
resultado diverso do pretendido na execução
crime: art. 74
sentença; conteúdo: art. 79
superveniência de doença mental: art. 41
suspensão; alcance: art. 80
suspensão; revogação facultativa: art. 81, § 1.º
suspensão; revogação obrigatória: art. 81
suspensão condicional da pena: arts. 77 a 82
suspensão condicional da pena; condições:
art. 78
suspensão da pena; prorrogação do período
de prova: art. 81, § 2.º
suspensão da pena; requisitos: art. 77
trabalho do preso; remuneração e benefício
social: art. 39
unificação de: art. 75, §§ 1.º e 2.º
- PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE**
arts. 33 a 42
execução: art. 33, § 2.º
limite: art. 53
regime inicial; critérios: art. 33, § 3.º
- PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**
arts. 43 a 48
aplicação: art. 54
autônomas: art. 44
conversão: art. 45
duração: arts. 46, § 4.º, e 55
espécies: art. 43
prescrição das: art. 109, parágrafo único
substituição das penas privativas de liberdade:
art. 44
- PENHOR**
defraudação de: art. 171, § 2.º, III
- PENSÃO ALIMENTÍCIA**
não-pagamento: art. 244
- PERDA DE BENS**
art. 43, II
- PERDÃO**
alcance: art. 106
do ofendido: art. 105
inadmissibilidade do: art. 106, § 2.º
tácito; conceito: art. 106, § 1.º
- PERDÃO JUDICIAL**
art. 120
extinção da punibilidade: art. 107, IX

PERICLITAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE

arts. 130 a 136
abandono de incapaz: art. 133
exposição ou abandono de recém-nascido:
art. 134
maus-tratos: art. 136
omissão de socorro: art. 135
perigo de contágio de moléstia grave: art.
131
perigo de contágio venéreo: art. 130
perigo para a vida ou saúde de outrem: art.
132

PERIGO

crimes de, conceito: Título II (Do Crime),
nota 5

PERIGO COMUM

Vide, também, CRIMES DE PERIGO CO-
MUM
crimes de: arts. 250 a 259

PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

periclitacão da vida e da saúde: art. 131

PERSONALIDADE

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

PERTURBAÇÃO

Vide ATENTADO

PERTURBAÇÃO DA ORDEM

paralisação do trabalho seguida de: art. 200

PERTURBAÇÃO DA SAÚDE MENTAL

art. 26, parágrafo único

PERTURBAÇÃO DE CERIMÔNIA FUNERÁRIA

impedimento ou: art. 209

PERTURBAÇÃO DE CONCORRÊNCIA

art. 335

PESSOA

Vide, também, CRIMES CONTRA A PESSOA
concursos de: arts. 29 a 31
crimes contra a pessoa: arts. 121 a 154

POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

ação penal: art. 225
com mulher: art. 215
contra virgem, menor de 18 e maior de 14
anos: art. 215, parágrafo único

PRAGA

difusão de: art. 259
difusão de; modalidade culposa: art. 259, pa-
rágrafo único

PRAZO

Vide, também, PRESCRIÇÃO
contagem: art. 10
decadência: art. 103
para exame de cessação de periculosidade:
art. 97, § 1.º
penas restritivas de direitos: arts. 46, 2.º, e
55
prescrição das penas de multa: art. 114
prescrição das penas privativas de liberdade:
art. 109
prescrição das penas restritivas de direitos:
art. 109, parágrafo único
reincidência: art. 64, I
requerimento em caso de reabilitação: art.
94
sursis: art. 77

PRESCRIÇÃO

antes de transitar em julgado a sentença: art.
109
causas impeditivas da: art. 116
causas interruptivas da: art. 117
crimes conexos e: art. 108

- da multa: art. 114
 - das penas mais leves: art. 119
 - das penas restritivas de direitos: art. 109, parágrafo único
 - depois de transitar em julgado sentença final condenatória: art. 110
 - no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional: art. 113
 - perdão judicial: art. 120
 - redução dos prazos de: art. 115
 - termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final: art. 111
 - termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível: art. 112
- PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
- crime contra a honra: art. 138, § 3.º, II, 141, I, e 145, parágrafo único
 - crime contra a vida ou liberdade: art. 7.º, I, a
- PRESO(S)**
- arrebatamento de: art. 353
 - cumprimento da pena no local do domicílio: art. 38
 - direitos do: art. 38
 - execução provisória da pena: art. 38
 - evasão de: art. 352
 - facilitação ou promoção de fuga: art. 351
 - motim de: art. 354
 - visita íntima: art. 38
- PRESTAÇÃO DE GARANTIA GRACIOSA**
- art. 359-E
- PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS**
- art. 43, IV
- PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA**
- art. 43, I
- PRESTÍGIO**
- exploração de: art. 357
- PRETERDOLO**
- art. 19
- PREVARICAÇÃO**
- art. 319
- PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL**
- Vide nota 1-F ao Título I
- PROCESSO**
- coação no curso do: art. 344
 - fraude processual: art. 347
- PROCURADOR**
- patrocínio infiel: art. 355
- PROFANAÇÃO DE SEPULTURA**
- art. 210
- PROJÉTIL**
- arremesso de: art. 264
 - arremesso de; lesão corporal ou morte: art. 264, parágrafo único
- PROMESSA DE VANTAGEM**
- art. 343
- PROPORCIONALIDADE**
- princípio: Vide nota 1-F ao Título I
- PROPOSTA DE CONCORRÊNCIA**
- violação de: art. 326
- PROPRIEDADE IMATERIAL**
- crimes contra a: arts. 184 a 186
- PROPRIEDADE INTELECTUAL**
- crimes contra a: arts. 184 a 186

PROSTITUIÇÃO

favorecimento da: art. 228
 favorecimento da; com o fim de lucro: art. 228, § 3.º
 favorecimento da; emprego de violência, grave ameaça ou fraude: art. 228, § 2.º
 favorecimento da; vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 228, § 1.º
 manutenção de casa de: art. 229
 menor de 18 anos; residência ou trabalho em casa de: art. 247, III

PROVA

sonegação de papel ou objeto com valor de: art. 356

PUDOR

Vide, também, ATENTADO AO PUDOR
 atentado mediante fraude: art. 216
 atentado violento: art. 214
 ultraje público ao: arts. 233 e 234

PUNIBILIDADE

Vide, também, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE
 extinção da: arts. 107 a 120

Q**QUADRILHA**

art. 288
 armada: art. 288, parágrafo único
 denúncia e redução de pena: art. 159, § 4.º
 extorsão mediante seqüestro; qualificadoras: art. 159, § 1.º

QUEIXA

ação penal de iniciativa privada: art. 100, § 2.º
 causa interruptiva da prescrição: art. 117, I
 crime contra a honra: art. 145

crime sem violência ou grave ameaça à pessoa; arrependimento posterior: art. 16
 crimes contra a propriedade intelectual: art. 186
 crimes contra os costumes: arts. 213 a 234
 dano e introdução ou abandono de animais em propriedade alheia: arts. 163, 164 e 167
 decadência do direito de: art. 103
 esbulho possessório; propriedade particular: art. 161, § 3.º
 exercício arbitrário das próprias razões: art. 345, parágrafo único
 extinção da punibilidade pela renúncia do direito de: art. 107, V
 fraude à execução: art. 179, parágrafo único
 induzimento a erro essencial: art. 236, parágrafo único
 introdução ou abandono de animais em propriedade alheia: art. 167
 perdão do ofendido: art. 105
 prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória: art. 110, § 2.º
 renúncia expressa ou tácita do direito de: art. 104
 violação de direito autoral: art. 184

R**REABILITAÇÃO**

arts. 93 a 95
 alcance: art. 93
 requerimento: art. 94
 revogação: art. 95

RECÉM-NASCIDO

parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de: art. 242
 parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de; motivo de reconhecida nobreza: art. 242, parágrafo único
 periclitación da vida e da saúde; exposição ou abandono de: art. 134 e §§ 1.º e 2.º

RECEPTAÇÃO

art. 180
culposa: art. 180, § 3.º
isenção de pena: art. 181
isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III
representação: art. 182
representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

RECIPIENTE

com falsa indicação: arts. 275 e 276

RECONHECIMENTO DE FIRMA OU LETRA

falso: art. 300

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENAS

fundamentação: art. 33
progressividade: art. 33

REGRESSÃO DE REGIME

art. 36, § 2.º

RELIGIÃO

ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo: art. 208

REMÉDIOS

falsificação; corrupção; adulteração: art. 273
importação; exportação; exposição à venda de produto falsificado: art. 273, § 1.º
modalidade culposa: art. 273, § 2.º

REMIÇÃO

art. 39
inexistência de trabalho no presídio: art. 39
perda dos dias remidos: art. 39
preso provisório, direito do: art. 39

RENDAS PÚBLICAS

emprego irregular: art. 315

REPRESENTAÇÃO

ameaça: art. 147, parágrafo único
correspondência comercial: art. 152
crimes contra a honra: art. 145, parágrafo único
decadência do direito de: art. 103
despesas; falta de recurso para pagamento: art. 176, parágrafo único
divulgação de segredo: art. 153, § 1.º
do ofendido; ação pública: art. 100, § 1.º
furto de coisa comum: art. 156, § 1.º
inaplicabilidade; crime de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa: art. 183
inaplicabilidade; crime praticado contra pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos: art. 183, III
inaplicabilidade; estranho que participa do crime: art. 183, II
irretratabilidade da: art. 102
perigo de contágio venéreo: art. 130, § 2.º
receptação: art. 182
violação de correspondência: art. 151, § 4.º
violação de segredo profissional: art. 154, parágrafo único

RESERVA LEGAL

art. 1.º

RESISTÊNCIA

art. 329

RESPEITO AOS MORTOS

Vide, também, CRIMES CONTRA O RESPEITO AOS MORTOS
crimes contra o: arts. 209 a 212

RESPONSABILIDADE PESSOAL

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

RESTRIÇÃO DE DIREITO

reconversão à pena privativa de liberdade:

art. 44, § 4.º

penas restritivas de direitos: arts. 43 a 48

RETRATAÇÃO

nos casos de calúnia, difamação e injúria:

arts. 143 e 144

RETROATIVIDADE DE LEI

Vide, também, EXTRATIVIDADE DE LEI

arts. 2.º e 107, III

RIXA

art. 137

ROUBO

art. 157

aumento de pena; casos: art. 157, § 2.º

com lesão corporal grave: art. 157, § 3.º

com morte: art. 157, § 3.º

de veículo automotor: art. 157, § 2.º, IV

isenção de pena: art. 181

isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III

representação: art. 182

representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

ROUBO E EXTORSÃO

arts. 157 a 160

RUFIANISMO

art. 230

emprego de violência ou grave ameaça: art. 230, § 2.º

vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 230, § 1.º

S**SABOTAGEM**

art. 202

SAÚDE

periclitación da vida e da: arts. 130 a 136

SAÚDE PÚBLICA

Vide, também, CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

crimes contra a: arts. 267 a 285

SEGREDO(S)

crimes contra a inviolabilidade dos: arts. 153 e 154

divulgação de: art. 153

profissional; violação de: art. 154 e parágrafo único

SEGURANÇA

medidas de: arts. 96 a 99

SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

Vide, também, CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS PÚBLICOS

crimes contra a: arts. 260 a 266

SELO

falsificação, fabricação ou alteração: art. 296

falsificado; uso: art. 296, § 1.º

reprodução ou adulteração: art. 303

reprodução ou adulteração; com o fim de comércio: art. 303, parágrafo único

verdadeiro; utilização indevida: art. 296, § 1.º, II

SENTENÇA CONDENATÓRIA

transitada em julgado; multa; dívida de valor:
art. 51

SENTIMENTO RELIGIOSO

Vide, também, CRIMES CONTRA O SENTI-
MENTO RELIGIOSO
crimes contra o: art. 208

SEPULTURA

violação de: art. 210

SEQÜESTRO

art. 148
extorsão mediante: art. 159 e §§ 1.º a 4.º
qualificadoras: art. 148, §§ 1.º e 2.º

SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA

Vide ATENTADO

SERVIÇO TELEFÔNICO

interrupção ou perturbação de: art. 266

SERVIÇO TELEGRÁFICO

interrupção ou perturbação de: art. 266

SERVIÇOS

Vide, também, CRIMES CONTRA A SEGU-
RANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO
E TRANSPORTE E OUTROS SERVIÇOS
PÚBLICOS
crimes contra a segurança dos meios de co-
municação e transporte e outros: arts. 260
a 266

SIGILO FUNCIONAL

violação: art. 325

**SIGILO OU PROPOSTA DE
CONCORRÊNCIA**

violação de: art. 326

SIMULAÇÃO

de autoridade para celebração de casamento:
art. 238
de casamento: art. 239

SINAL

empregado pelo poder público; falsificação ou
fabricação: art. 306 e parágrafo único
inutilização de: art. 336

SINAL PÚBLICO

falsificação: art. 296

SINAL VERDADEIRO

utilização indevida de: art. 296, § 1.º, II
utilização indevida por funcionário público:
art. 296, § 2.º

SOCIEDADES POR AÇÕES

fraudes e abusos na fundação ou administração
de: art. 177

SONEGAÇÃO

de papel ou objeto de valor probatório: art.
356

SUBSIDIARIEDADE

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

SUBTRAÇÃO

de cadáver: art. 211
de livro ou documento: art. 337

SUICÍDIO

induzimento, instigação ou auxílio a: art. 122
e parágrafo único

SUJEITO

do crime: Título II (Do Crime), nota 4

SURSI

Vide SUSPENSÃO CONDICIONAL DA
PENA

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

arts. 77 a 82

T

TAXATIVIDADE

princípio: Vide nota 1-F ao Título I

TELEFONE CELULAR

crime do diretor do presídio ou agente público:
art. 319-A

TENTATIVA

branca: art. 14, II
conceito: art. 14, II
crimes que não a admitem: art. 14, parágrafo único
critério para diminuição da pena: art. 14, parágrafo único
imperfeita: art. 14, parágrafo único
perfeita: art. 14, parágrafo único

TERGIVERSAÇÃO

patrocínio simultâneo ou: art. 355, parágrafo único

TERRITORIALIDADE

art. 5.º

TESOURO

apropriação de: art. 169, I

TESTEMUNHA

corrupção ativa de: art. 343
falso testemunho: art. 342 e §§ 1.º e 2.º

TIPICIDADE, CONCEITO

art. 14

TIPO PENAL, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

art. 14

TÍTULO DE ELEITOR

uso criminoso: art. 308

TÍTULOS

ao portador; emissão sem permissão legal:
art. 292
e outros papéis públicos; petrechos de falsificação: art. 294
públicos; petrechos de falsificação: art. 294
públicos falsificados; fabricação ou alteração:
art. 293
recebimento e utilização de título emitido sem permissão legal: art. 292, parágrafo único

TÍTULOS AO PORTADOR

emissão sem permissão legal: art. 292

TÍTULOS PÚBLICOS

Vide, também, TÍTULOS
falsidade de títulos e outros papéis públicos:
arts. 293 a 295

TRABALHADORES

Vide, também, CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO
aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional: art. 207
aliciamento para o fim de emigração: art. 206

TRABALHO

aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional: art. 207
aliciamento para o fim de emigração: art. 206
atentado contra a liberdade de: art. 197
atentado contra a liberdade de associação: art. 199
atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta: art. 198
crimes contra a organização do: arts. 197 a 207
de interesse coletivo; paralisação: art. 201
do preso; obrigatoriedade: art. 34
exercício de atividade com infração de decisão administrativa: art. 205

frustração de direito assegurado por lei trabalhista: art. 203

frustração de lei sobre nacionalização do trabalho: art. 204

invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola; sabotagem: art. 202

paralisação de trabalho de interesse coletivo: art. 201

paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem: art. 200

paralisação seguida de violência ou perturbação da ordem: art. 200

TRADUTOR

art. 343

falso testemunho: art. 342

exploração de prestígio: art. 357

TRÁFICO DE INFLUÊNCIA

art. 332 e parágrafo único

transação comercial internacional: art. 337-C

TRÁFICO DE PESSOAS

arts. 231 e 231-A

emprego de violência, grave ameaça ou fraude: art. 231, § 2.º

lenocínio e: arts. 227 a 232

vítima maior de 14 e menor de 18 anos: art. 231, § 1.º

TRÂNSITO

aplicação da pena de interdição aos crimes culposos de: art. 57

TRANSPORTE

Vide, também, ATENTADO

crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços: arts. 260 a 266

TRANSPORTE MARÍTIMO

Vide ATENTADO

TRATADO: conceito

art. 5.º

TUTELA

Vide, também, CRIMES CONTRA O PÁTRIO PODER, TUTELA OU CURATELA

crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela: arts. 248 e 249

TUTOR

subtração de incapaz: art. 249, § 1.º

U

ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR

ato obsceno: art. 233

escrito ou objeto obsceno: art. 234 e parágrafo único

ULTRATIVIDADE

Vide, também, EXTRATIVIDADE

Aplicação: art. 2.º

USURPAÇÃO

arts. 161 e 162

alteração de limites de linha divisória de imóvel: art. 161

de águas: art. 161, § 1.º, I

esbulho possessório: art. 161, § 1.º, II

isenção de pena: art. 181

isenção de pena; inaplicabilidade: art. 183, I a III

representação: art. 182

representação; inaplicabilidade: art. 183, I a III

supressão de alteração de marca em animais: art. 162

USURPAÇÃO DE FUNÇÃO

art. 328

com vantagem: art. 328, parágrafo único

V**VANTAGEM**

dar, oferecer ou prometer: art. 343 e parágrafo único

VEÍCULO AUTOMOTOR

adulteração de sinal identificador: art. 311 e §§ 1.º e 2.º

furto e transporte para outro Estado ou para o exterior: art. 155, § 5.º

VELHO

crime contra; agravação da pena: art. 61, II, h

VERBAS PÚBLICAS

emprego irregular de: art. 315

VIDA

Vide, também, CRIMES CONTRA A VIDA

crimes contra a: arts. 121 a 128

periclitacão da: arts. 130 a 136

VIDA E SAÚDE

periclitacão da: arts. 130 a 136

VILIPÊNDIO A CADÁVER

art. 212

VIOLAÇÃO DE SEPULTURA

art. 210

VIOLAÇÃO DE SIGILO OU PROPOSTA DE CONCORRÊNCIA

art. 326

VIOLÊNCIA

doméstica: 129, §§ 9.º e 10

em arrematacão judicial: art. 358

paralisação do trabalho seguida de: art. 200

presunção de: art. 224

seguida de morte: art. 223, parágrafo único

seguida de morte; açao penal: art. 225

VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA

art. 322

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

art. 129, §§ 9.º e 10

VOLUNTARIEDADE

Vide DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA

W**WARRANT**

emissão irregular de: art. 178